

A REVISÃO DE 2013 AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO DOMÍNIO DAS DECLARAÇÕES ANTERIORES AO JULGAMENTO

Pela D.^{ra} Andreia Cruz

SUMÁRIO:

Introdução. **Capítulo I.** Declarações anteriores ao julgamento no quadro da estrutura acusatória do processo penal português. **1.** A regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento e a estrutura acusatória do processo penal português. **2.** A evolução do modelo processual penal português. *2.1.* O Código de 1929; *2.2.* O pós 25 de Abril; *2.3.* O Código de 1987; *2.3.1.* As revisões do Código de 1987. **Capítulo II.** Enquadramento normativo do regime das declarações anteriores ao julgamento — o regime anterior à Lei n.º 20/2013. **1.** Leitura permitida de autos e declarações — art. 356.º; *1.1.* Leitura de declarações que visam suprir a ausência da pessoa declarante; *1.2.* Leitura de declarações de pessoas declarantes presentes na audiência de julgamento; *1.2.1.* O direito ao silêncio na esfera de relações pessoais — A prerrogativa de silêncio familiar; *1.3.* Prestação de depoimento por órgãos de polícia criminal; *1.3.1.* O problema das “conversas informais” entre o arguido e os órgãos de polícia criminal; **2.** Depoimento indirecto; **3.** Leitura de declarações prestadas pelo arguido — art. 357.º; **4.** Declarações do co-arguido; **5.** Excepção à regra de intransmissibilidade probatória — autos processuais e declarações de peritos com valor para o efeito de formação da convicção do tribunal. **Capítulo III.** Declarações anteriores ao julgamento, CEDH e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **1.** Declarações anteriores ao julgamento no quadro da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; *1.1.* Declarações anteriores ao jul-

gamento e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Capítulo IV.** A revisão de 2013 ao Código de Processo Penal. **1.** A Proposta de Lei n.º 77/XII e a Lei n.º 20/2013; *1.1.* Obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais; *1.2.* Declarações processuais de testemunhas anteriores ao julgamento; *1.3.* Declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. **2.** Apreciação global. **Conclusão.**

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 20/2013 procedeu à modificação do regime das declarações anteriores ao julgamento, regulado nos arts. 356.º e 357.º do Código de Processo Penal sem, contudo, redefinir ou reestruturar a estrutura acusatória em que assenta o processo penal português. É em matéria de declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento que a revisão de 2013 traz a debate, com maior premência, o sentido, a validade e o alcance das modificações introduzidas pelo novo regime. Alteração profunda introduzida pela Lei n.º 20/2013, a nova redacção do art. 357.º do Código de Processo Penal confere uma nova feição ao regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, invertendo a lógica da regra geral da intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento. Nas próximas páginas proceder-se-á a uma análise do regime dos arts. 356.º e 357.º do CPP na redacção anterior à Lei n.º 20/2013, através de um enquadramento do regime na estrutura acusatória do processo penal e à análise do novo regime das declarações anteriores ao julgamento, tema particularmente controverso que demarca o sentido da Revisão de 2013 ao CPP nesta matéria.

CAPÍTULO I

Declarações anteriores ao julgamento no quadro da estrutura acusatória do processo penal português

1. A regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento e a estrutura acusatória do Processo Penal Português

Prevê o art. 355.º do CPP que não valem em julgamento quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência⁽¹⁾. O art. 355.º impede ainda que a formação da convicção do tribunal se baseie em provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência: “não valem em julgamento,

⁽¹⁾ Apesar da imposição expressa do preceito a jurisprudência quase unânime, designadamente do STJ, entende que os documentos constantes dos autos não precisam de ser examinados em audiência de julgamento. Neste sentido, pode ver-se o acórdão do STJ de 23.02.2005, *CJ, Acs-STJ*, ano XIII, tomo 1, p. 210, 2005. Saliente-se que o Tribunal Constitucional teve já ocasião de se pronunciar acerca da matéria no acórdão n.º 87/99 (Proc. n.º 444/98; Relator: CONSELHEIRO VÍTOR NUNES) tendo-se debruçado sobre a questão de saber se violava o princípio da publicidade da audiência e as garantias de defesa do arguido a interpretação das normas dos arts. 355.º, 127.º e 165.º do CPP no sentido de não tornarem obrigatória a leitura e explicação dos autos em audiência. O TC concluiu que o conteúdo essencial do princípio do contraditório está em que nenhuma prova deve ser aceite em audiência nem nenhuma decisão deve aí ser tomada pelo juiz sem que previamente tenha sido dada uma ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual ela é dirigida de a discutir, contestar e valorar e, no caso concreto, o tribunal considerou que o arguido teve oportunidade de contestar todos os factos constantes dos documentos em questão, de modo que a leitura em audiência dos documentos em nada acrescentaria às oportunidades de defesa do arguido. No mesmo sentido desta jurisprudência encontra-se, na doutrina, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed. actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, p. 890, mas, em sentido discordante, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, Lisboa, Verbo, 2008, p. 252, critica esta orientação jurisprudencial considerando a não leitura dos autos em audiência uma frustração do princípio da publicidade da audiência, dificilmente conciliável com o princípio constitucional da publicidade (art. 206.º da CRP) (pelo menos na sua vertente externa, que permite aos cidadãos fiscalizar a actividade dos tribunais) e afirma mesmo constituir uma interpretação contrária à lei que não admite que o juízo do tribunal possa ser formulado na base de provas que não tenham sido examinadas em audiência.

nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal...”, pelo que a proibição de fundamentação da sentença com base em provas que não foram produzidas ou examinadas em audiência constitui uma proibição de prova⁽²⁾. Complementarmente, o art. 362.º, n.º 1, alínea *d*) impõe a indicação em acta de todas as provas produzidas ou examinadas em audiência.

O Código de Processo Penal consagra, no art. 355.º, que a audiência constitui o momento natural, electivo e decisivo na produção da prova⁽³⁾ que terá de ser realizada segundo os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade, vigorando uma ideia de que a admissão da prova recolhida de modo inquisitório, ainda que submetida em fase posterior a apreciação contraditória, provoca um “desequilíbrio entre a acusação e a defesa em prejuízo da defesa”, como refere Germano Marques da Silva⁽⁴⁾. O Código de Processo Penal garante, assim, o imperativo constitucional de garantia objectiva do contraditório, decorrência da estrutura acusatória do processo penal português, tal como prevê o art. 32.º, n.º 5 da CRP que preceitua que a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar estão subordinados ao princípio do contraditório. O princípio do contraditório molda a estruturação da audiência de julgamento e dos actos instrutórios que a lei determinar em termos de um debate entre a acusação e a defesa em que, perante um juiz imparcial, cada uma das partes dispõe da oportunidade de oferecer as suas provas, controlar e influenciar os resultados das provas oferecidas pela contraparte. O princípio implica

(²) Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 892 e na jurisprudência, os acórdãos do STJ de 5-06-1991 e de 13-12-2000, bem como do TRP de 4-07-2001.

(³) Note-se que para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 891, o art. 355.º não abrange os meios de obtenção de prova. Por isso, os autos de exames, revistas, buscas, apreensões e escutas telefónicas podem ser invocados na fundamentação da sentença mesmo que não tenham sido examinados na audiência, em virtude de a defesa, conhecendo o inquérito, dispor da possibilidade de contrariar a admissão e o valor probatório da prova sempre que quiser e a leitura em audiência de documentos, na opinião do autor, em nada acrescentaria às oportunidades de defesa do arguido. Na jurisprudência pode ver-se a defesa desta orientação, quanto às escutas telefónicas, nos acórdãos do STJ de 29-11-2006 e do TRL de 12-01-2000.

(⁴) GERMANO MARQUES DA SILVA, “Produção e valoração da prova em processo penal”, *Revista CEJ*, n.º 4, 1.º semestre, 2006, p. 42.

também que as provas têm de ser produzidas ou examinadas em audiência e não podem servir para fundamentar a condenação se não forem discutidas em audiência, mesmo que constem dos autos. O princípio do contraditório não implica somente um mero exercício do contraditório em audiência das provas produzidas, isto é, o direito de formular juízos sobre as provas (contraditório sobre a prova), antes oferece às partes a possibilidade de apresentarem autonomamente meios de prova sobre os factos (contraditório para a prova).

A consagração do princípio do contraditório tem como consequência a parificação do posicionamento da acusação e da defesa no processo, em termos de igualdade de meios de intervenção processual, ou seja, implica a consagração de um modelo em que se reconhece a igualdade de armas⁽⁵⁾.

O princípio da imediação, por sua vez, postula que a decisão jurisdicional apenas pode ser proferida por um juiz que tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa. Noutra vertente, o princípio significa também que na apreciação das provas deve ser dada preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais directa com os factos probandos, como por exemplo, dar preferência ao depoimento de testemunhas presenciais relativamente às testemunhas de ouvir-dizer. Apesar de não se encontrar expressamente previsto no Código, o princípio da imediação pode extrair-se dos arts. 128.º n.º 1, 129.º, 130.º, 140.º, n.º 2, 145.º, n.º 3, 302.º, n.º 3 e, sobretudo, do art. 355.º⁽⁶⁾. Directamente relacionado com o princípio da imediação encontra-se o princípio da oralidade que postula que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência podem servir para fundamentar

⁽⁵⁾ DAMIÃO DA CUNHA, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, Fasc. 3.º, (Jul.-Set.), 1997, p. 406, afirma que os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade (em particular este último) co-envolvem a ideia de igualdade dos sujeitos processuais na audiência de julgamento. O autor justifica a sua afirmação com o argumento de que não poderá existir verdadeiro contraditório quando não se verifique a mesma possibilidade de o exercer.

⁽⁶⁾ Veja-se a afirmação de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 890, de que o art. 355.º constitui a sede do princípio da imediação.

a decisão. O princípio da oralidade traduz-se na possibilidade de o público poder acompanhar a prática de actos processuais e favorece a descoberta da verdade material.

Como se depreende da análise do art. 355.º e dos princípios em que o preceito se fundamenta, o regime de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento é conformado pela estrutura acusatória em que assenta o processo penal português. É esta estrutura que está na base das opções do legislador processual penal nesta matéria. O processo penal português não corresponde a um modelo acusatório puro, antes consiste num modelo misto. É a Constituição da República Portuguesa, no art. 32.º n.º 5, que impõe a estrutura acusatória do processo penal português e que determina, por conseguinte, a separação da entidade que acusa da entidade que julga, para garantia da imparcialidade do julgador.

É possível interligar o aparecimento do modelo misto com o surgimento do processo reformado ou napoleónico, com o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808 e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1811, tendo vigorado durante 150 anos, ano em que deu lugar ao *Code de Procédure Pénale*(7). A estrutura do modelo misto era acusatória mas o processo estava dividido em duas fases — a intrução e o julgamento. A fase de instrução era dirigida por um magistrado especializado (*juge d'instruction*), enquanto a titularidade da acção penal incumbia a um oficial do poder executivo (*procureur de la république*). De feição inquisitória, a instrução era escrita, secreta e não contraditória(8). A fase de julgamento organizava-se de acordo com o modelo acusatório(9).

As excepções à norma do art. 355.º revelam-se em situações específicas delimitadas nos arts. 356.º e 357.º e constituem uma

(7) Sobre este ponto veja-se PAULO SOUSA MENDES, “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1365-1389, pp. 1366 e ss.

(8) *Ibidem*.

(9) Na Alemanha, em Itália, na França, em Espanha e no Brasil vigoram actualmente sistemas de tipo misto. Nos EUA e no Reino Unido vigora um modelo acusatório adversarial.

derrogação à regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações processuais⁽¹⁰⁾. No próximo capítulo será analisado o regime de excepção previsto nos arts. 356.º e 357.º do CPP, não sem antes se proceder a um enquadramento da evolução do modelo processual penal português.

2. A evolução do modelo processual penal português

2.1. O Código de 1929

No Código de 1929, a instrução competia a um juiz e ao Ministério Público ficava reservada a função de promover diligências concretas de instrução. Sobre o Código de 1929, dividem-se os que lhe identificam um desígnio meramente agregador de leis dispersas e aqueles que consideram que constitui o resultado de uma reforma de cunho político⁽¹¹⁾.

O DL n.º 35.007, preparado por Cavaleiro de Ferreira⁽¹²⁾, adoptou, em virtude da atribuição da fase de instrução ao Ministério Público, o princípio acusatório⁽¹³⁾. Após a fase de instrução preparatória da competência do MP, seguia-se uma fase de instrução contraditória da competência de um juiz e que era obrigatória nos processos de querela.

Sustenta Paulo Sousa Mendes⁽¹⁴⁾ que não é correcta a atribuição ao DL n.º 35.007 de uma “marca indelevelmente fascista”, da ditadura sob a qual foi produzido, na medida em que, salienta o autor, não deve ser confundido o sistema processual penal portu-

⁽¹⁰⁾ Sobre o regime português de declarações anteriores ao julgamento, analisado a partir do confronto com o sistema norte-americano veja-se PAULO DÁ MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

⁽¹¹⁾ PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 91.

⁽¹²⁾ À época Ministro da Justiça entre 1944 e 1954.

⁽¹³⁾ Previa o art. 14.º do diploma: “a direcção da instrução preparatória cabe ao Ministério Público, a quem será prestado pelas autoridades e agentes policiais todo o auxílio que para esse fim necessitar”.

⁽¹⁴⁾ PAULO SOUSA MENDES, *ob. cit.*, p. 1369.

guês da época que era já constituído por um conjunto de garantias e princípios fundamentais com o regime de excepção aplicado nos tribunais plenários criminais de Lisboa e Porto, criados durante o mandato de Cavaleiro de Ferreira⁽¹⁵⁾, onde eram julgados os dissidentes políticos por crimes contra a segurança do Estado.

No que diz respeito ao regime das declarações prestadas anteriormente à fase de julgamento no CPP de 1929, a matéria encontrava-se regulada nos arts. 438.º e 439.º. O art. 438.º regulava a leitura do depoimento prestado na fase de instrução por testemunhas que compareciam no julgamento e estipulava: “Não serão lidos às testemunhas os seus depoimentos escritos na instrução, salvo depois de elas haverem deposto, a fim de esclarecerem ou completarem os depoimentos prestados na audiência de julgamento.”

O art. 439.º regulava a matéria das declarações anteriores ao julgamento quanto a testemunhas que não comparecessem em audiência de julgamento e autorizava a leitura de depoimentos anteriormente prestados se estivessem redigidos nos autos e sempre que o autor daqueles depoimentos ou o tribunal o requeresse. Vigorava, assim, um sistema de transmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento quanto aos depoimentos de testemunhas que não comparecessem na audiência de julgamento. Aliás, na vigência do CPP de 1929, era entendimento corrente na doutrina que as testemunhas não detinham o direito de impedir a valoração probatória das declarações anteriormente prestadas: “a testemunha pode exonerar-se do encargo de depor, mas não tem o direito de se não atender ao que disse, não tem o direito de anular o seu depoimento”⁽¹⁶⁾.

O art. 439.º do diploma de 29 viria a ser declarado inconstitucional com força obrigatória geral pela Resolução n.º 146-A/81 do

(15) Salienta o autor que não deve, inclusive, pensar-se que a reforma legislativa teve inspiração autoritária pelo facto de Cavaleiro de Ferreira ter mantido contactos com juristas alemães filiados no nacional-socialismo e ter viajado até à Alemanha no período da II Guerra Mundial, a convite das autoridades nazis, para participar num conclave de juristas germanófilos.

(16) LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 169.

Conselho da Revolução⁽¹⁷⁾, por violação do art. 32.º, n.º 1 da CRP, na medida em que permita a reprodução de declarações anteriores de testemunhas que não compareciam em audiência e às quais o arguido não tinha tido previamente a possibilidade de interrogar ou de fazer interrogar, seguindo o parecer da Comissão Constitucional n.º 18/81. O parecer de 1981, relatado por Figueiredo Dias, não deixou de ater-se a referências à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, designadamente a alínea *d*) do n.º 3 do art. 6.º. Como nota Paulo Dá Mesquita⁽¹⁸⁾, no texto do parecer é adoptada uma visão moderada do imperativo constitucional do contraditório no julgamento criminal, complementada com uma perspectiva do princípio da imediação que impõe que o juiz tome um contacto imediato com os elementos de prova. Adianta ainda o autor que as conclusões do parecer não se fundam numa visão exigente do princípio do contraditório, embora tivesse sustentado o juízo de inconstitucionalidade no art. 32.º, n.º 1 da CRP⁽¹⁹⁾. Com efeito, o parecer sustentou a recusa da inconstitucionalidade por violação do princípio do contraditório com base na ideia de que o princípio não exige a inquirição cruzada e com fundamento numa ideia de que a aplicação de tal princípio seria inconveniente no plano dos efeitos práticos, já que em certos casos excepcionais e atendendo ao interesse público pode justificar-se a leitura das declarações anteriores, por exemplo, tomados em *articulo mortis*, em caso de falecimento da testemunha ou em estado de incapacidade irreversível.

2.2. O pós-25 de Abril

A instauração do sistema democrático não poderia deixar de repercutir os seus efeitos no processo penal português.

(17) A declaração de inconstitucionalidade foi requerida pelo Provedor de Justiça com fundamento na colisão do regime de transmissibilidade das declarações anteriores das testemunhas que não podiam comparecer em audiência de julgamento com o princípio do contraditório.

(18) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 479.

(19) *Ibidem*.

Através do DL n.º 605/75, de 3 de Novembro foi criado o inquérito policial para crimes puníveis com pena correcional, a não ser que o arguido tivesse sido preso, caso em que deveria existir instrução preparatória da competência do Ministério Público e das autoridades policiais.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 estabeleceu no seu art. 32.º, n.º 4, que toda a instrução é da competência de um juiz. Em virtude da consagração da norma, o DL n.º 605/75 foi modificado, tendo o anterior inquérito policial sido substituído pelo inquérito preliminar, criado pelo DL n.º 377/77 de 6 de Setembro. Como nota Paulo Sousa Mendes⁽²⁰⁾, a alteração criada por este último DL pretendeu assimilar o impacto do art. 32.º, n.º 4 da CRP, transformando o inquérito policial numa mera diligência pré-processual.

2.3. O Código de 1987

O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87⁽²¹⁾ tratou da constitucionalidade do diploma de 87 em fiscalização preventiva e abstracta, a requerimento do Presidente da República. Entre outras questões⁽²²⁾, o Código de Processo Penal de 1987 conduziu à questão de saber se a atribuição da fase de inquérito, na forma de processo, comum ao MP ofenderia o art. 32.º, n.º 4 da CRP. O Tribunal Constitucional concluiu que a atribuição da direcção do inquérito ao MP não é inconstitucional atendendo a que o art. 224.º da CRP (actual art. 219.º, n.º 1) prevê que ao MP cabe exercer a acção penal, o que significa que a ele incumbe dirigir a investigação. Por

⁽²⁰⁾ PAULO SOUSA MENDES, *ob. cit.*, p. 1371.

⁽²¹⁾ Acórdão do TC (Plenário) de 9 de Janeiro de 1987, proc. n.º 302/86, Relator: CONSELHEIRO MÁRIO DE BRITO.

⁽²²⁾ Nomeadamente, a questão da constitucionalidade do carácter facultativo da instrução (art. 286.º, n.º 2, do CPP) e a competência dos OPC para realizar diligências e investigações durante o inquérito (art. 270.º, n.º 1, do CPP). O TC considerou que não é inconstitucional a possibilidade de o MP delegar actos de inquérito nos OPC, em virtude de se tratar de uma delegação de competências e não de uma subtracção da direcção do inquérito ao MP.

outro lado, o TC teve em linha de conta que a direcção do inquérito compete ao MP, mas os actos que contendem com os direitos, liberdades e garantias são da competência exclusiva do juiz de instrução, ainda na fase de inquérito. O Tribunal atendeu também a que o arguido pode requerer a abertura da instrução, o que garante o controlo jurisdicional da decisão de acusação do MP.

Relativamente ao regime das declarações prestadas em fase anterior à audiência de julgamento, no Código de 87 a matéria encontrava-se regulada nos arts. 356.º e 357.º, em moldes similares ao regime previsto na Revisão de 2007. Na versão inicial do diploma de 87, as únicas diferenças do art. 356.º relativamente ao regime de 2007 encontravam-se na alínea *c*) do n.º 2 da norma, já que aquela norma apenas previa a leitura em audiência de declarações obtidas mediante precatórias legalmente permitidas, ao passo que na Revisão de 2007 a alínea *c*) prevê também as rogatórias. Outra diferença relativamente ao regime de 2007 encontra-se na alínea *b*) do n.º 3 do art. 356.º que na versão inicial do CPP de 87 estipulava que as declarações anteriores prestadas perante juiz poderiam ser lidas em audiência quando existissem entre aquelas declarações e as prestadas em audiência contradições ou discrepâncias sensíveis que não pudessem ser esclarecidas de outro modo. Como se constata, o requisito “sensível” foi suprimido pela Revisão de 2007, bem como o requisito que impunha que as contradições ou discrepâncias entre as declarações anteriores e as declarações prestadas em audiência não pudessem ser esclarecidas por outra forma. Também o n.º 8 do art. 356.º foi modificado, tendo sido estipulado na Revisão de 2007 que a “...visualização ou a audição de gravações de actos processuais só é permitida quando o for a leitura do respectivo auto nos termos dos números seguintes.” Na versão inicial do CPP inexistia o n.º 9 do art. 356.º, que foi acrescentado pela Revisão de 2007.

No que concerne ao art. 357.º, a diferença que é possível encontrar no regime inicial do CPP relativamente ao regime de 2007 encontra-se na alínea *b*) do n.º 1 do art. 357.º que previa, na versão inicial, a permissão de leitura de declarações anteriormente prestadas quando, tendo sido prestadas perante o juiz, houvesse contradições ou discrepâncias sensíveis verificadas entre aquelas declara-

ções e as prestadas em audiências que não pudessem ser esclarecidas de outro modo. Neste ponto, verifica-se uma alteração de regime à semelhança do ocorrido na alínea *b*) do n.º 3 do art. 356.º, com a supressão dos dois requisitos existentes na versão inicial do Código — que as contradições ou discrepâncias fossem “sensíveis” e não pudessem ser esclarecidas de outro modo.

Em consonância com as alterações do art. 356.º, nos n.ºs 8 e 9, o art. 357.º, n.º 2 foi alterado pela Revisão de 2007, passando a dispor que é “...correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 7 a 9 do artigo anterior”.

De referir, por último, que o art. 355.º sofreu uma alteração pela Revisão de 2007 no seu n.º 2 que, em concordância com a nova redacção do n.º 8 do art. 356.º, ressaltou “...as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas nos termos dos números seguintes”.

2.3.1. As revisões do Código de 1987

O Código de Processo Penal de 1987 conta já com um número considerável de revisões e alterações que, contudo, não tiveram o alcance de conferir ao diploma uma nova configuração⁽²³⁾. Uma das maiores revisões do CPP ocorreu em 2007, como já se anteviu do cotejo entre a versão inicial do CPP e o regime introduzido pela Lei n.º 48/2007 no que toca à matéria das declarações anteriores ao julgamento. Mas a Revisão de 2007 foi muito mais além do que as alterações ao regime destas declarações. Na verdade, a lei n.º 48/2007⁽²⁴⁾, que procedeu à décima quinta alteração ao CPP, acabaria por ter um profundo impacto na prática da investigação criminal e originou intensa crítica⁽²⁵⁾. A Reforma teve por base a Proposta de

⁽²³⁾ PAULO SOUSA MENDES, *ob. cit.*, p. 1373.

⁽²⁴⁾ Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 105/2007 de 9 de Novembro.

⁽²⁵⁾ Sobre a Revisão de 2007 veja-se MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal — Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009; FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal português”,

Lei n.º 109/X apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 20 de Dezembro de 2006 e foi concebida a partir do trabalho desenvolvido pela Unidade de Missão para a Reforma Penal⁽²⁶⁾, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de Agosto e que procurou compatibilizar o CPP com a jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O trabalho da UMRP foi complementado com reuniões regulares de um Conselho Consultivo, integrado por representantes dos vários sectores da Justiça e docentes universitários.

Os Grupos Parlamentares do PSD, CDS-PP, BE e PCP apresentaram projectos de lei com vista a alterar o Código. A proposta de lei foi aprovada na generalidade a 15 de Março de 2007, com os votos favoráveis do PS e do PSD e a abstenção do CDS-PP, BE, PCP e PEV. A proposta de lei sofreu alterações na especialidade e o novo regime do CPP foi aprovado através da Lei n.º 48/2007. O CPP entraria em vigor em 15 de Setembro de 2007.

As implicações da Revisão de 2007 foram monitorizadas pelo Observatório Permanente da Justiça⁽²⁷⁾ ao longo de dois anos que identificou as modificações necessárias à Revisão de 2007 e que

Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.º 2/3, (Abr.-Set.), 2008, pp. 367-385; PAULO SOUSA MENDES, “A revisão do Código de Processo Penal”, *A Reforma do sistema penal de 2007 — Garantias e eficácia*, (coord. Conceição Gomes, José Mouraz Lopes), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 17-22; RUI PEREIRA, “Entre o ‘garantismo’ e o ‘securitarismo’ — A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, AA.VV., *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português* (org. MÁRIO FERREIRA MONTE, MARIA CLARA CALHEIROS, FERNANDO CONDE MONTEIRO e FLÁVIA NOVERSA MONTEIRO), Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 247-268; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “Processo Penal: reforma ou revisão; as rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, (Abr.-Set.), 2008; RODRIGO SANTIAGO, “Reflexões sobre a 15.ª alteração ao Código de Processo Penal: o arguido e o defensor”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2/3, (Abr.-Set.), 2008, pp. 317-332; PAULO DÁ MESQUITA, “Algumas notas sobre garantia judiciária, investigação, o que o arguido disse e a prova do crime na Reforma de 2007 do Código de Processo Penal”, *A Reforma do Sistema Penal de 2007 — Garantias e eficácia*, (coord. CONCEIÇÃO GOMES, JOSÉ MOURAZ LOPES), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 35-50.

⁽²⁶⁾ Vejam-se, da UMRP, as *Actas da Unidade de Missão para a Reforma Penal*.

⁽²⁷⁾ O OPJ produziu relatórios intercalares e um relatório final: *A Justiça Penal, uma reforma em avaliação*, 2009, disponível em <<http://opj.ces.uc.pt>>.

viriam a consubstanciar-se através da Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto.

O Código de Processo Penal viria a ser alvo de uma nova reforma, através da recente Lei n.º 20/2013 de 21 de Fevereiro, que procede à vigésima alteração ao CPP de 87. Pelas implicações que a alteração provoca no domínio do regime das declarações anteriores ao julgamento dedicaremos um capítulo⁽²⁸⁾ para a análise da Reforma. Antes disso, iremos apresentar uma análise do regime anterior a esta revisão, posteriormente confrontado com as alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013.

CAPÍTULO II

Enquadramento normativo do regime das declarações anteriores ao julgamento — o regime anterior à Lei n.º 20/2013

1. Leitura permitida de autos e declarações — art. 356.º

1.1. Leitura de declarações que visam suprir a ausência da pessoa declarante

A primeira excepção à regra de intransmissibilidade probatória das declarações processuais encontra-se prevista no art. 356.º, n.ºs 1, 2 e 4 que podem ser sintetizados como normas que visam suprir a ausência da pessoa declarante. Assim, o 356.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, alínea *a*), prevêm a permissão de leitura das declarações processuais enformados segundo um princípio de aquisição antecipada da prova⁽²⁹⁾. Nos termos do n.º 1, alínea *a*), do art. 356.º,

⁽²⁸⁾ *Infra*, Capítulo IV.

⁽²⁹⁾ Mencione-se que a enumeração dos n.ºs 1 e 2 do art. 356.º é taxativa, atendendo ao vocábulo “só”.

é permitida a leitura das declarações recolhidas nos termos dos arts. 318.º, 319.º e 320.º, ou seja, as declarações recolhidas por meio adequado de comunicação do assistente, testemunhas, partes civis, peritos ou consultores técnicos residentes fora do círculo judicial e cuja deslocação para a presença na audiência de julgamento implique graves dificuldades ou inconvenientes, com a única ressalva de que a presença na audiência não seja indispensável à descoberta da verdade (art. 318.º). O art. 319.º prevê a recolha de declarações no domicílio para os casos de impossibilidade de comparecer na audiência de julgamento por fundadas razões, em moldes similares ao regime previsto no art. 318.º. O art. 320.º, por sua vez, prevê o regime de realização dos actos urgentes ou cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou conservação da prova, designadamente nos casos previstos nos arts. 271.º e 294.º que regulam as declarações para memória futura no inquérito e na instrução, respectivamente. De igual forma, o art. 356.º, n.º 2, admite a leitura de declarações prestadas nos termos dos arts. 271.º e 294.º. Como se pode depreender da análise dos preceitos relativos à tomada de declarações para memória futura, o recurso a esta forma de produção antecipada de prova funda-se num juízo de prognose quanto à impossibilidade de o declarante comparecer na audiência de julgamento ou de se encontrar impossibilitado de comparecer em audiência por motivo de doença grave, para além dos casos de recolha de declarações das vítimas de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual. Refira-se, ainda, que a leitura das declarações recolhidas nos termos dos arts. 271.º e 294.º só é permitida se aquelas declarações tiverem sido prestadas perante um juiz e a produção de prova é realizada com respeito pelo princípio do contraditório, já que nos termos dos arts. 271.º, n.º 3, e 294.º, todos os sujeitos processuais são informados da data e local da prestação de depoimento para que possam estar presentes e intervir, assim se garantindo um exercício efectivo do contraditório.

O n.º 4 do art. 356.º permite, por sua vez, a leitura de declarações prestadas perante o juiz ou o Ministério Público dos declarantes que não possam comparecer na audiência de julgamento por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade

duradoura⁽³⁰⁾, em congruência com um princípio de conservação da prova⁽³¹⁾.

Salienta Damião da Cunha⁽³²⁾ que as declarações prestadas nos termos deste preceito perante o Ministério Público representam uma quebra de paridade face ao arguido, já que aquele intervém na audiência de julgamento como “parte” e não como autoridade judiciária, pelo que o Ministério Público, no exercício dos seus poderes pode introduzir, em audiência, as declarações prestadas só perante ele, para além de que o arguido só pode contraditar o conteúdo destas declarações e não a pessoa que as prestou ou as circunstâncias em que a declaração foi prestada. Tal não sucede quando as declarações tenham sido prestadas perante um juiz, situação em que tanto o arguido como o Ministério Público dispõem de um poder idêntico de provocar um contraditório sobre a produção da prova em audiência de julgamento⁽³³⁾.

No entanto, Damião da Cunha considera a leitura das declarações prestadas pelo Ministério Público admissíveis atendendo a que foram prestadas perante uma autoridade judiciária e, portanto, segundo uma forma solene e cautelosa⁽³⁴⁾. De qualquer forma, o

(30) De acordo com a jurisprudência do acórdão do STJ de 23-03-2000, *CJ, Acs-STJ*, VIII, tomo 1, 230, a impossibilidade duradoura inclui a ausência em parte incerta, mas também a ausência, por exemplo, devido a doença prolongada.

(31) Importa destacar que Damião da Cunha, *ob. cit.*, pp. 411 e 412, salienta que a permissão de leitura destas declarações se apresenta algo problemática, uma vez que nos casos previstos nos arts. 318, 319.º e 320.º as declarações são tomadas em observância de formalismos destinados a garantir o contraditório na produção da prova, garantias que não se verificam no caso do art. 356.º, n.º 4, o que leva o autor a afirmar que neste caso estamos perante um mero *contraditório sobre a prova*, reafirmando como decisiva a necessidade de se concretizar um contraditório pela prova, em concordância com um processo de estrutura acusatória.

(32) *Idem*, pp. 412 e 413.

(33) Em sentido divergente, segundo PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 604 o problema da admissibilidade da leitura destas declarações permanece mesmo quando tenham sido prestadas perante o juiz, principalmente se o Ministério Público ou a defesa não tiveram oportunidade de estar presentes na recolha das declarações. O autor lembra que apesar do art. 289.º, n.º 2, preceituar que o MP, o arguido, o defensor e o seu advogado podem participar nas inquirições realizadas durante a instrução ainda assim, “... nestes casos, a possibilidade de participar reporta-se no momento da inquirição a um acto teleologicamente vinculado à decisão sobre a acção penal e não à prova do julgamento”.

(34) DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 414.

autor destaca que a preferência deve ser sempre concedida à aquisição antecipada de prova, o que torna inadmissível, nos termos do art. 356.º, n.º 4, a leitura das declarações quando a sua recolha poderia ter sido obtida por via de um contraditório directo⁽³⁵⁾.

A leitura de declarações anteriormente prestadas é ainda admissível, nos termos do art. 356.º, n.º 2, alínea *b*), se o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo na sua leitura, aqui vigorando um princípio de consenso entre os sujeitos processuais⁽³⁶⁾. Como refere Damião da Cunha⁽³⁷⁾, o propósito subjacente a esta permissão concedida na base do consenso entre estes sujeitos processuais relaciona-se com uma ideia de celeridade e economia processuais o que permite, por exemplo, que perante a ausência de uma testemunha à audiência de julgamento, os sujeitos processuais previstos neste preceito possam prescindir da presença daquela testemunha, mediante acordo na leitura das declarações anteriormente prestadas.

O n.º 5 do art. 356.º permite ainda a leitura destas declarações mesmo que tenham sido prestadas perante o Ministério Público ou órgãos de polícia criminal.

O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se pronunciar, no acórdão n.º 1052/96, acerca da constitucionalidade da norma do art. 356.º, n.º 2, alínea *b*), e n.º 5 do CPP, tendo o Tribunal considerado que a razão de ser da necessidade de acordo entre os sujeitos processuais previstos no n.º 2, alínea *b*), do art. 356.º resulta da circunstância de as declarações prestadas nos termos deste preceito não terem sido recolhidas com observância das formalidades estabelecidas para a audiência ou perante juiz, não existindo assim as garantias dialéticas de contraditoriedade que a CRP assegura. Por outro lado, o Tribunal concluiu que estando presente na audiência de julgamento a testemunha autora da declaração anteriormente

⁽³⁵⁾ *Idem*, p. 413.

⁽³⁶⁾ Como adianta PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 607 e 608, o preceito em causa constitui expressão do princípio da auto-responsabilidade probatória das partes e do princípio dispositivo sobre a produção da prova. Sobre o primeiro dos princípios *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, pp. 193 e 194.

⁽³⁷⁾ *Idem*, p. 415.

recolhida que o recorrente pretendia ser lida em audiência, então este terá a possibilidade legal de exercer o respectivo direito de defesa, tendo assim concluído que a norma em causa não representa qualquer encurtamento ou restrição inadequada das garantias de defesa, sendo inclusive uma linha de concretização do princípio geral sobre a produção da prova presente no art. 355.º, n.º 1.

O art. 356.º, n.º 2, alínea *c*), permite ainda a leitura de declarações prestadas em fase anterior ao julgamento obtidas mediante rogatórias ou precatórias legalmente permitidas.

1.2. Leitura de declarações de pessoas declarantes presentes na audiência de julgamento

O art. 356.º, n.º 3, prevê a segunda excepção à regra de intransmissibilidade probatória das declarações, regulando-se aqui a matéria relativa à admissão de leitura de declarações de pessoas presentes na audiência de julgamento. Nos termos do preceito agora em análise é permitida a leitura das declarações anteriormente recolhidas desde que prestadas perante o juiz⁽³⁸⁾ e com a finalidade de avivar a memória de quem declara na audiência que já não se recorda de certos factos (alínea *a*) ou quando entre as declarações anteriormente produzidas e as prestadas em audiência houver contradições ou discrepâncias (alínea *b*)^(39/40).

(38) Como reitera DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 437, a razão para o regime de leitura das declarações anteriores ao julgamento assentar num princípio geral de que estas declarações tenham sido prestadas perante o juiz fundamenta-se na circunstância de este sujeito processual constituir um órgão imparcial que não participada como interessado no contraditório sobre a prova, o que permite que não ocorra um conflito de papéis entre os diferentes sujeitos processuais.

(39) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 605 e 606, considera que a intransmissibilidade probatória generalizada das declarações processuais anteriores nos termos da alínea *b*) do n.º 3 do art. 356.º é mais difícil de sustentar do que a intransmissibilidade dos depoimentos da testemunha que não presta depoimentos à luz do n.º 4 do art. 356.º, atendendo aos pressupostos epistemológicos da imediação que são dois: a aparência e o comportamento não verbal dos depoentes auxilia o julgador na avaliação da honestidade do depoimento e o núcleo da veracidade dos testemunhos centra-se na honestidade. Assim sendo, salienta o autor que "...a percepção dos sinais emitidos posteriormente pela teste-

Como sublinha Paulo Dá Mesquita⁽⁴¹⁾ se compararmos o regime de admissão de leitura das declarações anteriores nas situações de impossibilidade de comparência da fonte de prova e as situações em que a fonte de prova é ouvida no julgamento constata-se que o regime traçado pela lei portuguesa apresenta-se mais restritivo para a admissão da leitura das anteriores declarações no segundo caso, a que acresce a orientação de alguma doutrina que procede a uma interpretação mais restritiva do valor das declarações anteriores reproduzidas quando a fonte de prova é inquirida em audiência de julgamento.

De acordo com a posição doutrinária defendida por Damião da Cunha⁽⁴²⁾, a leitura destas declarações visa uma prova crítica das declarações efectivamente prestadas, comprovando a veracidade das declarações prestadas em audiência e não das anteriormente recolhidas que não constituem objecto de prova. Em sentido diferente, segundo Paulo Pinto de Albuquerque⁽⁴³⁾ as declarações anteriores constituem prova que vale para efeitos de formação da convicção do tribunal⁽⁴⁴⁾. Germano Marques da Silva⁽⁴⁵⁾ considera que as declarações anteriores não se destinam a comprovar a veracidade do depoimento prestado na audiência mas sim a apurar a credibilidade das fontes de prova pessoal.

munha servem a essa luz para a avaliação da sua integridade e segurança, que poderia ser aferida no confronto em tribunal com o que se disse e a possibilidade de percepção no julgamento da sua reacção, e do seu comportamento na alteração da narrativa originária...”

(40) A Revisão de 2007 alterou a redacção do preceito que anteriormente se referia a “...contradições ou discrepâncias sensíveis que não possam ser esclarecidas doutro modo”, pelo que, como demonstra PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 896, no regime actual qualquer discrepância é relevante, já que o requisito “sensível” foi suprimido.

(41) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 602.

(42) DAMIÃO DA CUNHA, *ob. e loc. cit.*

(43) PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed. actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, pp. 873-875.

(44) No mesmo sentido PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 602; o autor retira tal conclusão da conjugação dos arts. 355.º e 356.º e, em particular, da ressalva do n.º 2 do art. 355.º.

(45) GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 42.

O n.º 6 do art. 356.º proíbe em qualquer caso a leitura dos depoimentos prestados em inquérito ou instrução por testemunhas que se recusem a depor na audiência de julgamento, expressão da vigência do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, especialmente previsto para as testemunhas no art. 132.º, n.º 2, do CPP. A norma prevê ainda as situações de direito ao silêncio da testemunha familiar e afim do arguido, prerrogativa de silêncio familiar⁽⁴⁶⁾ que permite a recusa de depoimento pelas testemunhas nos moldes estabelecidos pelo art. 134.º, n.º 1.

Encontram-se igualmente abrangidos pela previsão do n.º 6 do art. 356.º os casos de invocação legítima e justificada do sigilo profissional pela testemunha (arts. 135.º, 136.º e 137.º), assim como as situações de impedimento para depor como testemunha reguladas no art. 133.º.

De referir, neste domínio, a posição defendida por Paulo Dá Mesquita⁽⁴⁷⁾ de acordo com a qual no caso de existir, por parte da testemunha, uma recusa a depor ilegítima e, portanto, ilícita, estar-se-á perante uma situação de impossibilidade duradoura, enquadrável nos termos do n.º 4 do art. 356.º⁽⁴⁸⁾.

Trata-se em todos os casos mencionados de leitura, visualização ou audição do depoimento da testemunha absolutamente proibidas, estando vedado o acesso a tal depoimento mesmo que exista acordo de todos os sujeitos processuais. Por isso, decidiu o STJ em acórdão de 2-07-1998⁽⁴⁹⁾ que não pode ser usada em julgamento uma cassette de uma conversa gravada de uma testemunha que se recusou de forma legítima a depor em audiência de julgamento,

(46) Acerca da prerrogativa de silêncio familiar *vide, infra*, ponto 1.2.1..

(47) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 601.

(48) O autor salienta ainda o carácter controverso da opção legal subjacente ao n.º 6 do art. 356.º, tendo em conta a “diversidade de casos e interesses abrangidos” e a diferença de tratamento concedida ao preceito em causa comparativamente com o n.º 4 do art. 356.º. Nota o autor que a solução legal do n.º 6 do art. 356.º parece ter como referente a matéria da prerrogativa de silêncio familiar e o debate que tem originado na Alemanha, bem como a forma de tratamento da matéria da recusa de depor das testemunhas no CPP de 1929 em que se entendia que “a testemunha pode exonerar-se do encargo de depor... mas não tem o direito de se não atender ao que disse, não tem o direito de anular o seu depoimento” (LUÍS OSÓRIO, *ob. e loc. cit.*).

(49) Proc. n.º 98P490. Relator: SOUSA GUEDES.

quer a gravação diga respeito a um acontecimento exterior ao processo, quer seja concernente a um acto processual ocorrido em fase prévia do processo.

1.2.1. O direito ao silêncio na esfera de relações pessoais — A prerrogativa de silêncio familiar

Como enunciado anteriormente, o art. 356.º, n.º 6, proíbe a leitura do depoimento prestado em inquérito ou na instrução por testemunha que na audiência se recuse validamente a depor. O artigo tem, nesta sede, em linha de conta a denominada prerrogativa de silêncio familiar⁽⁵⁰⁾, prevista no art. 134.º do CPP e que impede que as testemunhas sejam obrigadas a depor contra os seus parentes ou afins⁽⁵¹⁾. Trata-se nestes casos da consagração do direito ao silêncio especificamente pensado para a teia de relações familiares do arguido, sendo frequente apontar sobre a *ratio* da norma⁽⁵²⁾ o propósito de evitar um conflito de consciência da testemunha e como forma de salvaguardar os laços de confiança e solidariedade familiar, assim evitando o conflito de deveres que a testemunha teria de

⁽⁵⁰⁾ Como nota de Direito Comparado importa referida que no século XIX a prerrogativa de silêncio familiar foi consagrada nos Estados Unidos da América, na Itália e na Alemanha. Mas o modo de consagração da prerrogativa no Direito norte-americano apresenta contornos distintos do regime consagrado nos direitos continentais, já que naquela o direito de recusa de depor é confinado ao cônjuge, excluindo-se da prerrogativa os parentes e afins.

⁽⁵¹⁾ De referir, neste domínio, a perspectiva doutrinária preconizada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 358, segundo a qual a alínea b) do n.º 1 do art. 134.º padece de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), na medida em que não permite que a pessoa que vive com o arguido em condições análogas às dos cônjuges recuse a prestação de depoimento relativamente a factos ocorridos antes da coabitação, ao contrário do que sucede com o cônjuge do arguido, cuja faculdade de recusa de depoimento relativamente a factos ocorridos antes do casamento é possibilitada por via da alínea a).

⁽⁵²⁾ Nos trabalhos preparatórios da Reforma de 2007, Unidade de Missão para a Reforma Penal, *Acta 20*, 2005/07, p. 8, associou-se a prerrogativa de silêncio familiar ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à integridade moral. cremos, contudo, que tal visão é manifestamente desproporcionada em função da natureza da prerrogativa de recusa de depoimento contra familiares, para além de que, como nota PAULO DA MESQUITA, *ob. cit.*, p. 280, nota 87, a ligação da recusa de depor com o valor da dignidade da pessoa humana e o direito à integridade moral levaria a que estes se considerassem sempre violados em todos os casos em que subsiste o dever de depor.

suportar se tivesse de depor contra o seu parente, afim ou companheiro⁽⁵³⁾. É esta a orientação doutrinária preconizada por Costa Andrade que afirma que, o que cabe sublinhar: “...é a existência de proibições de prova em que os interesses a salvaguardar, susceptíveis de colidir com a descoberta da verdade e impor o seu recuo, transcendem a esfera dos interesses ou direitos encabeçados pelo arguido”⁽⁵⁴⁾. No mesmo sentido, Medina de Seïça⁽⁵⁵⁾ considera que se visa proteger o “sentimento familiar”, protegendo-se, por essa via, as próprias relações de confiança essenciais à instituição familiar. O autor considera ainda que o direito de recusa de depor confere um efeito reflexo para a o arguido, pois este não dispõe do direito de exigir o silêncio do seu familiar que se recusa a depor⁽⁵⁶⁾.

O direito de recusa de depor subsiste mesmo que exista acordo de todos os intervenientes processuais no sentido da aceitação do depoimento da testemunha, pelo que, como sublinha Paulo Dá Mesquita⁽⁵⁷⁾, estamos perante um poder decisório exclusivo e insindicável da testemunha⁽⁵⁸⁾, independente dos interesses processuais que a recusa de depoimento possa afectar⁽⁵⁹⁾.

(53) Sublinha PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 279, que a prerrogativa de silêncio familiar constitui um exemplo paradigmático da sensibilidade germânica partilhada por Portugal. Com efeito, o regime de recusa de depoimento contra familiares e afins é previsto de forma idêntica na lei alemã e é igualmente entendido pela doutrina maioritária alemã como uma norma que visa impedir um conflito de consciência da testemunha e simultaneamente proteger as relações de confiança subjacentes à instituição familiar, neste caso entendida como bem jurídico autónomo merecedor de tutela. Todavia, em sentido diverso, entende GÖSSEL, “Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren”, *NJW*, 1981, pp. 653 e 2219 *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 77, que a interpretação correcta da norma que visa a prerrogativa de silêncio familiar e a prerrogativa contra a auto-incriminação da testemunha deve ter em linha de conta o primado da verdade material, ou seja, o que está subjacente a este regime é a tentativa de evitar depoimentos marcados pelo conflito.

(54) MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 78.

(55) MEDINA DE SEIÇA, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-1-1996”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Fasc. 3, (Jul.-Set.), 1996, p. 493.

(56) *Idem*, p. 496.

(57) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 280 e 281.

(58) Saliente-se que mesmo que as testemunhas aceitem depor contra o círculo de pessoas elencadas no art. 134.º, n.º 1, continuam sujeitas ao dever de verdade (art. 132.º, n.º 1, alínea d), do CPP e art. 360.º, n.º 1, do CP).

(59) De salientar que a prerrogativa de silêncio familiar existe mesmo para as tes-

O n.º 2 do art. 134.º estabelece que a entidade competente para receber o depoimento tem um dever de advertência da prerrogativa de silêncio familiar, cuja inobservância determina a nulidade do depoimento⁽⁶⁰⁾.

Por último, refira-se que o direito de recusa de depor não abrange as testemunhas em relação aos factos imputados exclusivamente aos co-arguidos com quem aquelas não tenham uma rela-

temunhas com iniciativas processuais anteriores, como aquelas que deram início ao processo através da apresentação de queixa, sendo aqui evidente a diferença de tratamento da matéria relativamente à legislação de 1929 que previa no art. 431.º, § 1, que apenas admitia a titularidade do direito de recusa de depor àqueles que não fossem “participantes ou parte acusadora”. No diploma de 1929 o art. 216.º previa o elenco de pessoas que não podiam testemunhar, em função do quadro de relações familiares: “ascendentes, descendentes, irmãos, afins nos mesmos graus, marido ou mulher do ofendido, da parte acusadora ou do arguido...”.

(60) Na doutrina portuguesa, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 359, considera que a omissão da advertência constitui uma nulidade que consubstancia uma proibição de prova resultante da intromissão na vida privada da testemunha que tem como efeito a nulidade das provas obtidas, salvo consentimento da testemunha que prestou depoimento (art. 126.º, n.º 3, do CPP). PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições de prova no processo penal”, AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord. científica: MARIA FERNANDA PALMA), Coimbra, Almedina, 2004, pp. 149 e 150, conclui que a violação do art. 134.º, n.º 2, constitui um procedimento violador de formalidades, cuja sanção será a nulidade dependente de arguição.

O Direito Italiano estabelece nos mesmos moldes da lei portuguesa o dever de advertência da prerrogativa de silêncio familiar, sendo que a doutrina italiana maioritária considera que a ausência da advertência do direito de recusa de depor redundará numa nulidade relativa. Na lei italiana, o direito de recusa de depor cessa no caso de o familiar ou afim ter apresentado a denúncia ou ser o ofendido (art. 199.º, n.º 3, do CPPI). Diversamente, embora a lei alemã preveja um dever de advertência do direito de recusa de depor das pessoas com ligação ao arguido, não contém nenhuma norma que preveja o sancionamento da omissão da advertência. PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 283 e 284, dá-nos conta da significativa divergência doutrinária e jurisprudencial que a ausência de uma norma que preveja a consequência da omissão do dever de advertência gerou na Alemanha, dividida sobre a matéria das proibições de prova, também resultado, em grande parte, da dificuldade de conciliar diferentes interesses em presença (direitos de defesa, do depoente, protecção da instituição familiar, entre outros). KARL-HEINZ GÖSSEL, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha” (tr. port. de M. COSTA ANDRADE do original “Die Beweisverbote im Srafverfahrenrecht der BRD”, GA, 91), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 3.º, (Jul.-Set.), 1992, pp. 404-410, considera que a linha jurisprudencial seguida nesta matéria é incoerente e conclui que a tutela da prerrogativa de silêncio familiar está centrada no depoente, pelo que não se justifica a proibição de prova para a omissão do dever de advertência do direito de recusa de depor.

ção de parentesco ou afinidade, mas esta prerrogativa é aplicável em relação aos factos que sejam simultaneamente imputados aos co-arguidos que têm e aos que não têm uma relação de parentesco ou afinidade com a testemunha⁽⁶¹⁾.

1.3. Prestação de depoimento por órgãos de polícia criminal

O n.º 7 do art. 356.º conjugado com o art. 357.º, n.º 2, impedem o depoimento dos órgãos de polícia criminal relativamente às declarações⁽⁶²⁾ cuja leitura em audiência de julgamento não seja permitida. A finalidade subjacente a este preceito é impedir que por via da inquirição como testemunhas dos órgãos de polícia criminal ocorra uma “fraude” ao modelo de intransmissibilidade probatória das declarações anteriormente prestadas, o que sucederia se o tribunal acedesse a estas declarações cuja leitura é proibida através do depoimento dos OPC, daí que a proibição contida no n.º 7 seja ainda alargada a todas as pessoas que, a qualquer título, tiverem participado na recolha das declarações de leitura proibida, que ficam assim igualmente impossibilitadas de ser inquiridas sobre o conteúdo destas declarações⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 358 e ainda MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-arguido*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 102, que segue o mesmo sentido do acórdão do STJ de 17-01-1996 (Proc. n.º 048699; Relator: AUGUSTO ALVES) nesta matéria.

⁽⁶²⁾ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, “Depoimento policial em audiência penal. Âmbito e limites”, *Revista Polícia e Justiça*, III série, n.º 4, (Jul.-Dez.), 2004, p. 21, aponta uma imprecisão terminológica na norma — o n.º 7 fala em “tiverem recebido declarações”, mas na verdade estão aqui incluídos os autos de diversa natureza e as inquirições, o que constitui uma limitação da dimensão subjectiva do preceito que pode induzir em erro. O autor considera igualmente existir uma contradição entre a formulação e o lugar da inserção sistemática do art. 356.º, n.º 7, na medida em que a norma não decreta proibição de leituras em audiência, mas sim uma proibição de depoimentos sobre matéria que esteja documentada em autos escritos e ainda uma ausência de previsão quanto à natureza jurídica do incumprimento da norma, o que permite concluir que se estará perante uma mera irregularidade processual em caso de incumprimento.

⁽⁶³⁾ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 441, retracta o preceito como uma “dupla válvula de segurança”, pois impede uma “fraude” ao regime de proibições de leitura — sobre os OPC e sobre outras pessoas que tiverem participado na recolha de declarações.

António Barreiros coloca um problema de interpretação do art. 356.º, n.º 7, relativamente à dimensão subjectiva da norma⁽⁶⁴⁾. Nas situações em que um OPC não tiver recebido declarações nem tiver participado na sua recolha mas ainda assim assistiu à produção das mesmas poderá depor sobre o conteúdo dessas declarações? A questão é pertinente atendendo a que, como nota o autor, os OPC partilham instalações e assistem discretamente a depoimentos e declarações recolhidos por colegas por uma questão de tática policial. O mesmo problema sucede relativamente a outras pessoas que tenham assistido à produção de declarações. Através de uma interpretação literal da norma poderia defender-se que os OPC ou outras pessoas que assistiram à produção de declarações podem prestar depoimento sobre o conteúdo destas declarações. No entanto, cremos que não é esta a interpretação correcta da norma que deve antes ser alvo de uma interpretação teleológica, impedindo-se o depoimento sobre o conteúdo das declarações cuja leitura não for permitida em audiência de julgamento a todas as pessoas e aos OPC que tiverem de algum modo assistido à produção de declarações. Com efeito, da análise da finalidade subjacente ao preceito resulta que a norma do art. 356.º, n.º 7, visa impedir o depoimento dos OPC ou de quaisquer pessoas que, de alguma forma, tenham assistido à produção das declarações cuja leitura em audiência é proibida, ou seja, visa impedir uma “fraude” ao modelo de intransmissibilidade probatória das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento que ocorreria se os OPC ou as pessoas que assistiram à produção de declarações tivessem a possibilidade de depor sobre o conteúdo destas declarações.

No que diz respeito à orientação jurisprudencial relativa à dimensão subjectiva da norma do n.º 7 do art. 356.º o STJ, no acórdão de 15-11-2000⁽⁶⁵⁾, afirmou que em audiência de julgamento os órgãos de polícia criminal podem prestar depoimento como testemunhas quanto a factos por si apurados antes da participação e

⁽⁶⁴⁾ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 25.

⁽⁶⁵⁾ Proc. n.º 2551/2000. Relator: FLORES RIBEIRO.

desde que não tenham tido qualquer intervenção no decurso do processo⁽⁶⁶⁾.

No que concerne ao exercício do direito ao silêncio em audiência de julgamento por parte do arguido o STJ, no acórdão de 11-07-2001⁽⁶⁷⁾, concluiu que nestas situações ficam impedidas de depor como testemunhas as pessoas que recolheram ou auxiliaram na recolha das declarações do arguido, com o argumento de que: "...em tal caso, não se poderia falar em contradição ou discrepância com as anteriores declarações, já que o silêncio não tem o valor de sim, não ou talvez".

No que respeita à dimensão objectiva da norma em análise importa considerar que os OPC ou outras pessoas podem depor sobre quaisquer outras matérias que não sobre a prestação de declarações cuja leitura é proibida em audiência de julgamento⁽⁶⁸⁾, tal como concluiu a jurisprudência portuguesa que sustentou que são admissíveis os depoimentos dos OPC enquanto testemunhas e em audiência quanto a factos de que tenham conhecimento directo quanto a informações obtidas em diligências externas, tal como concluiu o TRL no acórdão de 7-05-2002⁽⁶⁹⁾ ou relativamente a informações obtidas por meios diferentes de declarações obtidas em auto, ficando incluídas as acções de prevenção e as vigilâncias — acórdão TRL de 25-10-2000⁽⁷⁰⁾.

Importa referir que o acórdão de 11-12-1996⁽⁷¹⁾ do STJ considerou que a proibição contida neste preceito não abrange o depoimento dos agentes da PJ em audiência sobre a reconstituição do crime a que procederam.

Ainda relativamente ao âmbito de aplicação do n.º 7 do art. 356.º, Damião da Cunha⁽⁷²⁾ coloca ainda a questão de saber se

(66) No mesmo sentido podem ver-se os acórdãos do STJ de 29-03-1995 (Proc. n.º 046393. Relator: LOPES ROCHA), e de 11-12-1996 (Proc. n.º 780/96. Relator: FLORES RIBEIRO).

(67) Proc. n.º 01P1796. Relator: LOURENÇO MARTINS.

(68) Neste sentido, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 27.

(69) Proc. n.º 0022455. Relatora: MARGARIDA BLASCO.

(70) Proc. n.º 0052823. Relator: SANTOS MONTEIRO.

(71) Proc. n.º 96P780. Relator: FLORES RIBEIRO.

(72) *Idem*, p. 427.

será admissível o depoimento dos órgãos de polícia criminal sobre declarações recolhidas a declarantes que não compareçam na audiência de julgamento por falecimento, anomalia psíquica ou impossibilidade duradoura. Embora o n.º 4 apenas permita a leitura das declarações anteriormente recolhidas a estes declarantes se tiverem sido prestadas perante o MP ou o juiz, a verdade é que o art. 129.º *in fine* poderia fundamentar uma solução diversa. Porém, Damião da Cunha considera que tal depoimento não será admissível em face das exigências impostas pelo n.º 4 do art. 356.º⁽⁷³⁾.

Reportando-se à dimensão objectiva do art. 356.º, n.º 7, António Barreiros⁽⁷⁴⁾ considera que não deve ser permitido o depoimento policial relativamente ao teor dos relatórios policiais de resumo do inquérito. Segundo o autor, considerar admissíveis tais depoimentos constituiria abuso de direito. Por outro lado, de acordo com a posição sustentada pelo autor, sempre que a lei permita abstractamente a leitura das declarações em audiência de julgamento ou no processo essa permissão seja em concreto alcançada, é permitido o depoimento dos OPC ou de outras pessoas relativamente ao conteúdo daquelas declarações, atendendo à formulação do art. 356.º, n.º 7, e à sua inserção sistemática⁽⁷⁵⁾.

A matéria convoca ainda o problema dos depoimentos dos OPC ou de outras pessoas sobre o conteúdo das escutas telefónicas. Segundo José António Barreiros⁽⁷⁶⁾, uma vez que as escutas telefónicas devem ser transcritas (art. 188.º, n.º 1, do CPP) estamos perante prova documental, pelo que não se encontram abrangidas pela previsão dos arts. 356.º e 357.º, sendo admissível o depoimento

⁽⁷³⁾ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 433, faz ainda alusão à solução adoptada no Direito Italiano que preconizou, aliás, uma solução absolutamente contrária ao regime português, já que a *Corte Costituzionale* declarou a ilegitimidade constitucional da norma que impedia a prestação de depoimento por agentes da polícia judiciária sobre declarações de testemunhas, fundamentando a decisão com o argumento de que em caso de não ser possível adquirir os elementos probatórios por método oral em julgamento, aquele impedimento traduzir-se-ia numa preclusão irrazoável da descoberta da verdade.

⁽⁷⁴⁾ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 28.

⁽⁷⁵⁾ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 27, mas contra CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração *versus* proibição de prova”, *Revista CEJ*, n.º 2, 1.º semestre, 2005, p. 178.

⁽⁷⁶⁾ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 30.

mento dos OPC ou de outras pessoas sobre o conteúdo das escutas telefônicas.

Mas a previsão dos arts. 356.º, n.º 7 e 357.º, n.º 2, convoca ainda um outro problema com tratamento doutrinário e jurisprudencial controverso: a matéria das denominadas “conversas informais”. Por isso, dedicaremos um tópico especificamente focado para esta matéria.

1.3.1. O problema das “conversas informais” entre o arguido e os órgãos de polícia criminal

Na matéria relativa ao depoimento prestado pelos órgãos de polícia criminal convoca-se o problema das denominadas “conversas informais”, isto é, as declarações prestadas pelo arguido perante os OPC que não foram reduzidas a escrito.

É possível distinguir, na jurisprudência portuguesa, duas orientações na forma de tratamento desta matéria.

Uma primeira orientação pode encontrar-se na decisão do STJ de 29-01-1992⁽⁷⁷⁾ que teve por objecto um caso de conversas informais com uma pessoa não constituída formalmente como arguida, tendo o STJ ponderado que os OPC têm por função carrear para o processo todos os elementos que lhes advenham das declarações dos arguidos, de modo que as conversas informais não podem ser apreciadas pelo tribunal, nem mesmo através da referência à sua existência “...em virtude de tais conversas passarem a ser dados de facto não carreados para os autos quando deveriam ter sido e, como tal, incognoscíveis.” O tribunal concluiu, por isso, que estava vedada a possibilidade de admitir os depoimentos dos órgãos de polícia criminal sobre o conteúdo e a forma das declarações informais dos arguidos.

De igual forma, a jurisprudência do STJ teve já ocasião de se pronunciar no acórdão de 11.07.2001⁽⁷⁸⁾ no sentido de negar a

(77) Proc. n.º 42/290. Relator: FERNANDO FISHER DE SÁ NOGUEIRA.

(78) Proc. n.º 01P1796. Relator: LOURENÇO MARTINS.

existência de conversas informais com validade probatória à margem do processo⁽⁷⁹⁾.

Em sentido discordante decidiu o STJ no acórdão de 29-03-1995⁽⁸⁰⁾ que concluiu que os órgãos de polícia criminal estão proibidos de serem inquiridos como testemunhas sobre o conteúdo de declarações que tenham recebido e cuja leitura não seja permitida, mas não estão impedidos de depor sobre o relato de conversas informais que tenham tido com os arguidos, pelo que estas conversas podem ser valoradas pelo tribunal, a menos que fique provado que o agente investigador escolheu deliberadamente esse meio (ou seja tenha decidido não reduzir a escrito as declarações) para evitar a proibição de leitura destas declarações em audiência de julgamento.

Na doutrina, para Damião da Cunha⁽⁸¹⁾ as conversas informais são, tão simplesmente, processualmente inexistentes, pelo facto de a função dos órgãos de polícia criminal ser a de carrear para o processo todos os dados fornecidos pelas declarações do arguido, ou seja, vale nesta matéria o princípio *quod non est in auto, non est in mundo*⁽⁸²⁾, de modo que todas as conversas são, por princípio, formais⁽⁸³⁾. Em todo o caso, destaca o autor, mesmo que se pudesse aceitar a existência de declarações não reduzidas a escrito, tais declarações estariam sempre sujeitas a uma proibição de prova em audiência de julgamento.

Da mesma forma, para José António Barreiros não é admissível o depoimento dos OPC sobre conversas informais⁽⁸⁴⁾.

⁽⁷⁹⁾ No mesmo sentido pode ver-se o acórdão do TRC de 7-04-2010 (Proc. n.º 386/09.1TBNLS.C1. Relator: ESTEVES MARQUES) e o acórdão do TRL de 29-05-2012 (Proc. n.º 53/09.6PHLSB.L1-5. Relator: ARTUR VARGUES).

⁽⁸⁰⁾ Proc. n.º 046393. Relator: LOPES ROCHA.

⁽⁸¹⁾ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, pp. 425 e ss.

⁽⁸²⁾ Sobre o princípio, *vide*, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa, Verbo, 1993, pp. 139 e 140.

⁽⁸³⁾ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 427, em análise ao acórdão do STJ de 29-03-1995 realça que o recurso aos conceitos inexistentes de “conversas” e “informais” significa a negação do carácter formal e protectivo que é concedido às declarações do arguido. De resto, considera o autor que da sua aceitação decorre uma contradição com a letra e a teleologia da lei, ou seja, a de que as declarações anteriores sejam directamente valoradas e não apenas como dados críticos das declarações prestadas em audiência.

⁽⁸⁴⁾ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 28.

2. Depoimento Indirecto

O regime jurídico-processual português do depoimento indirecto encontra-se regulado no art. 129.º. Prevê o n.º 1 do art. 129.º: “Se o depoimento resultar do que se ouvir dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas”⁽⁸⁵⁾.

Através da leitura da norma é possível identificar os requisitos de aceitação do depoimento de ouvir-dizer. Desde logo, a testemunha de ouvir-dizer terá de identificar a “testemunha-fonte”, ou seja, a fonte material de onde provém o conhecimento dos factos. Refira-se que no caso de a testemunha de ouvir-dizer não estar em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos ou se recusar a fazê-lo, o n.º 3 do art. 129.º impede que o seu depoimento sirva como meio de prova. As únicas excepções a este requisito estão previstas na parte final do n.º 1 (morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade das fontes de informação serem encontradas)⁽⁸⁶⁾. O art. 129.º

⁽⁸⁵⁾ Na vigência do CPP de 1929, o art. 233.º regulava o regime do depoimento indirecto: “Às testemunhas será perguntado o modo por que souberam o que depõem. Se disserem que sabem de vista... Se disserem que sabem de ouvido serão perguntadas a quem o ouviram, em que tempo e lugar, e se estavam aí outras pessoas...”. Um § único previa a inutilizabilidade da prova testemunhal de ouvir dizer: “o juiz não mandará escrever a resposta da testemunha que não dê razão alguma da ciência do que afirma”. É importante mencionar que na vigência do CPP de 1929 MANUEL DE ANDRADE, “Parecer”, *Colecção de Jurisprudência*, VI, 1, 1981, pp. 5-11, considerava que o n.º 5 do art. 32.º da CRP de 1976 tinha tornado inconstitucional a permissão de testemunhos de ouvir dizer em Processo Penal, em virtude de tal utilização e valoração serem incompatíveis com um processo de estrutura acusatória, por serem contrários “aos princípios da imediação e do contra-interrogatório na fase de julgamento”. O autor defendia, por isso, a proibição absoluta da utilizabilidade dos testemunhos de ouvir-dizer na fase de julgamento.

⁽⁸⁶⁾ Para DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 439, o 129.º, n.º 1, parte final, constitui uma válvula de segurança de que o arguido dispõe para fazer face à perda de contributos probatórios que não podem ser salvaguardados por via do mecanismo funcionalmente mais adequado — a antecipação da produção de prova — garante-se ao arguido uma certa paridade face ao MP, já que o recurso ao depoimento indirecto pode ser a única via proces-

prevê, assim, um regime de “admissibilidade condicionada” do depoimento indirecto⁽⁸⁷⁾.

A obrigação de indicar a fonte tem como finalidade dissuadir relatos que não possam ser confirmados na fonte em resultado da testemunha de ouvir-dizer ser incapaz de identificar ou individualizar aquela fonte ou por não pretender identificá-la⁽⁸⁸⁾.

A admissibilidade do depoimento indirecto está igualmente dependente do dever de o tribunal chamar a depor a testemunha-fonte. A ratio da norma tem subjacente o propósito de aferir da credibilidade do testemunho indirecto e permitir ao julgador tomar contacto directo com a testemunha e o relato-fonte^(89/90).

Em matéria de direito ao silêncio, a questão que se coloca relativamente ao regime do depoimento indirecto reside em saber se o depoimento de uma testemunha quanto a uma conversa infor-

sual de que o arguido dispõe para face àquelas situações em que a testemunha por si indicada não comparece em audiência de julgamento.

⁽⁸⁷⁾ Refira-se que o CPP regulou o regime do depoimento indirecto nos mesmos termos em que o fazia o *Progetto preliminare* de 1978, posteriormente convertido e modificado no art. 195.º do CPPI. Esta solução foi, por sua vez, inspirada na doutrina e jurisprudência alemãs. No art. 195.º do CPPI encontra-se previsto um dever de o juiz determinar a inquirição da pessoa ausente, sob pena de inutilizabilidade do depoimento da testemunha de ouvir-dizer, mas ao contrário do regime português prevê-se que “o juiz, a pedido de uma parte determina que aquela seja chamada a depor”.

Ao contrário de países como Portugal, a França, a Alemanha ou a Itália, no Direito Norte-Americano e na lei inglesa vigora uma regra geral de proibição do depoimento indirecto. MIREILLE DELMAS-MARTY, *ob. cit.*, pp. 646 e 647, dá-nos conta da existência de uma forte crítica à regra de inadmissibilidade do depoimento indirecto da lei inglesa, resultado das inúmeras excepções à regra de proibição que conferem ao regime uma feição complexa.

⁽⁸⁸⁾ Porque, por exemplo, teme represálias ou não quer sujeitar-se a incómodos.

⁽⁸⁹⁾ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração versus proibição de prova”, *Revista CEJ*, n.º 2, 1.º semestre, 2005, p. 135.

⁽⁹⁰⁾ Como salienta CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. e loc. cit.*, a utilização pelo legislador do verbo “pode” no n.º 1 do art. 129.º significa um poder-dever inscrito no conteúdo da tarefa de prossecução da verdade material. A utilização da formulação demonstra um poder não vinculado às pretensões das partes em consonância com o art. 340.º do CPP. Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 343 e 344, este dever de o juiz chamar a fonte de conhecimento a depor é imposto pelo princípio da imediação, à luz do qual deve ser lido o art. 129.º. De todo o modo, como nota PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 529, no regime do depoimento indirecto “ressalta a proeminência do princípio da investigação, cujo cânone condutor indicia a recusa da responsabilidade probatória das partes”.

mal que manteve com o arguido antes, durante ou após a prática de um crime, configura um depoimento indirecto para efeitos do art. 129.º do CPP e se tal depoimento é admissível em face do direito ao silêncio do arguido. A resposta da doutrina portuguesa é consensual no sentido em que não se aplica o regime do art. 129.º a este quadro de situações, sendo o tipo de resposta já diferenciado quanto ao modo de valorar o depoimento da testemunha de ouvir-dizer. Carlos Adérito Teixeira⁽⁹¹⁾ considera que do mesmo modo que o arguido está impedido de depor como testemunha nos termos gerais, também em sede de produção de depoimento indirecto não se pode ficcionar que o arguido passaria a ser testemunha-fonte, desde logo porque não está obrigado a prestar declarações em virtude do seu direito ao silêncio e, mesmo que decida prestar declarações, não está sujeito a um dever de verdade em tudo quanto diga. É por isso o estatuto do arguido no processo que o impede de se constituir como testemunha-fonte, independentemente de o arguido decidir prestar declarações ou exercer o seu direito ao silêncio. Para o autor, nada impede, contudo, que o depoimento da testemunha de ouvir-dizer seja apreciado à luz da regra geral de livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP)⁽⁹²⁾.

É também com base no estatuto processual do arguido e na estrutura acusatória do processo penal português que Paulo Dá Mesquita⁽⁹³⁾ defende a inadmissibilidade de atribuir ao arguido o estatuto de testemunha-fonte. Na perspectiva do autor, a teleologia do regime geral do depoimento indirecto apresenta-se incompatível com a sua aplicação ao arguido, na medida em que se consagrou um modelo dinâmico de indagação junto da fonte de conhecimento que se apresenta ilegítimo em relação ao arguido como fonte de ouvir-dizer. Por isso, sustenta o autor que o depoimento indirecto sobre o que se ouviu dizer ao arguido deve ser apreciado de acordo com as regras gerais sobre valoração da prova, se não houver outra causa de inadmissibilidade⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 161.

⁽⁹²⁾ *Idem*, p. 164.

⁽⁹³⁾ PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 586.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*.

Damião da Cunha⁽⁹⁵⁾ considera que não é configurável um testemunho sobre o que se ouviu dizer a um sujeito processual, já que quanto a este decisivas são as declarações prestadas na audiência de julgamento⁽⁹⁶⁾. Do mesmo modo, segundo Paulo Pinto de Albuquerque⁽⁹⁷⁾ não é admissível o depoimento indirecto sobre o que se ouviu dizer ao arguido, ao assistente e às partes civis porque as “pessoas” a que a parte final do n.º 1 do art. 129.º se refere são apenas as testemunhas. Por isso, na perspectiva deste autor, sendo o art. 129.º uma norma excepcional ela não pode, em violação do princípio da imediação, ser aplicada analogicamente ao depoimento de uma testemunha sobre o que ouviu dizer ao arguido, ao assistente ou às partes civis⁽⁹⁸⁾. Refira-se que para Paulo Pinto de Albuquerque as testemunhas apenas podem depor sobre aquilo que ouviram dizer ao arguido durante a prática dos factos criminosos a que assistiram, mas não podem depor sobre conversas tidas com o arguido depois da prática do crime, já que este constitui um verdadeiro depoimento indirecto cuja valoração pelo tribunal no processo violaria o direito ao silêncio do arguido⁽⁹⁹⁾. Por isso, sustenta o autor que é inconstitucional o art. 129.º, n.º 1, do CPP, por violação do art. 32.º, n.º 1, da CRP, se interpretado no sentido de permitir o depoimento indirecto de testemunha sobre o que ouviu dizer ao arguido depois da ocorrência do crime, independentemente de o arguido ter estado presente na audiência de julgamento e tenha

⁽⁹⁵⁾ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 438.

⁽⁹⁶⁾ O acórdão do STJ de 29-03-1995 analisado no ponto anterior relativo às denominadas “conversas informais” incide também sobre a matéria do depoimento indirecto. De acordo com o STJ “...falta demonstrar que o art. 129.º do Código de Processo Penal proíbe o depoimento por ouvir dizer quando quem diz é o arguido.” DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 430, debruçando-se sobre esta afirmação do acórdão, sustenta que o acórdão contraria o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e coloca a este propósito uma questão elucidativa do problema: “Ficaria, porém, em aberto saber como teria decidido o Tribunal se, em vez do arguido, estivesse em causa uma testemunha que, na audiência de julgamento, se recusasse validamente a depor. Neste caso, aceitaria o Tribunal a impossibilidade de testemunho indirecto, fazendo valer o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* para a testemunha, mas negando-o para o arguido? Ou então definitivamente aquele princípio passaria a ser estranho ao nosso processo penal?”

⁽⁹⁷⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 344.

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁹⁾ *Idem*, p. 345.

exercido o direito ao silêncio ou não tenha comparecido em audiência⁽¹⁰⁰⁾.

Concordamos com a posição doutrinária que considera inadmissível que o arguido tome a veste de testemunha-fonte. A consagração do direito ao silêncio, com a consequente proibição de o arguido depor como testemunha ajuramentada e a não exigência de de um dever de verdade estão na base da proibição. De outro modo, consagrar a posição de testemunha-fonte para o arguido seria conceder ao regime do depoimento indirecto uma irremediável incongruência sistemática.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão de saber se poderá ser valorado o depoimento de uma testemunha quanto ao que ouviu dizer ao co-arguido quando este decide exercer o seu direito ao silêncio em audiência de julgamento no acórdão n.º 440/99⁽¹⁰¹⁾, decisão em que o Tribunal concluiu que o art. 129.º, n.º 1, conjugado com o art. 128.º, n.º 1, interpretado no sentido de que o tribunal pode valorar livremente os depoimentos indirectos de testemunhas que relatem conversas tidas com um co-arguido que se recusa a depor ao abrigo do respectivo direito ao silêncio, não ofende o direito de defesa do arguido⁽¹⁰²⁾. O TC considerou, em sentido concordante, no acórdão n.º 362/2000⁽¹⁰³⁾ que também não ofende o direito de defesa do arguido a admissibilidade do depoimento indirecto da testemunha que profere declarações em sentido discordante das declarações prestadas pelo arguido em audiência de julgamento.

Em todo o caso, evidencia Paulo Dá Mesquita⁽¹⁰⁴⁾ que na jurisprudência do TC não é fácil encontrar uma linha padronizada ou uma teoria global de tratamento deste tipo de casos, apesar de se conseguir descortinar uma tendência de recusa de salvaguardas genéricas do arguido em relação à utilização no processo do que disse extraprocessualmente.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ Proc. n.º 268/99. Relator: CONSELHEIRO MESSIAS BENTO.

⁽¹⁰²⁾ Adere à decisão do acórdão CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 164.

⁽¹⁰³⁾ Proc. n.º 452/99. Relator: CONSELHEIRO SOUSA E BRITO.

⁽¹⁰⁴⁾ PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 587.

Creemos que deve ser admitida a valoração probatória do depoimento da testemunha que relata conversas tidas com o arguido que, em audiência de julgamento, opta por não prestar declarações com fundamento no próprio direito ao silêncio do arguido. Com efeito, como ficou demonstrado na Parte I desta exposição, o arguido não pode ser prejudicado pelo facto de decidir exercer o seu direito ao silêncio, nem mesmo quando opta por um silêncio parcial. Porém, do exercício do direito ao silêncio pelo arguido resultam consequências do ponto de vista fáctico, desde logo, o arguido renuncia voluntariamente a contribuir com a sua versão sobre os factos apresentados no processo. Por isso, o direito ao silêncio do arguido não tem a virtualidade de impedir o apagamento ou a inutilização das declarações prestadas por uma testemunha.

A relevância do depoimento indirecto para a problemática da leitura das declarações anteriores ao julgamento tem de ser enquadrada à luz dos arts. 356.º, n.º 7, e 357.º, n.º 2, já que por via dos citados normativos se impede uma fraude à obtenção de depoimentos dos órgãos de polícia criminal. Assim, a lei procura definir quais os autos passíveis de reprodução em audiência de julgamento e, quanto àqueles de regime marcado pela regra da intransmissibilidade probatória, a lei proíbe o depoimento indirecto sobre tais declarações. Como nota Germano Marques da Silva⁽¹⁰⁵⁾, o regime do depoimento indirecto é reforçado pelo art. 356.º, n.º 7, pelo que da conjugação dos dois regimes em presença resultará a proibição do testemunho de ouvir dizer por parte dos órgãos de polícia criminal ou de outras pessoas que tiverem participado na recolha de declarações cuja leitura em audiência seja proibida.

O depoimento indirecto de um OPC passível de ser valorado pelo tribunal pode também advir das declarações de um agente infiltrado, matéria que também colide com o alcance da prerrogativa contra a auto-incriminação. Refira-se que para Paulo Pinto de Albuquerque⁽¹⁰⁶⁾ é admissível o depoimento do agente infiltrado sobre os factos criminosos a que tenha assistido e sobre o que

⁽¹⁰⁵⁾ GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 133.

⁽¹⁰⁶⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 346.

ouviu dizer ao arguido durante a prática daqueles factos (incluindo os actos preparatórios e de execução até à consumação do crime). Todavia, o autor considera que não é admissível o depoimento do agente policial sobre o que ouviu a uma testemunha ou declarante depois da prática dos factos criminosos, mesmo que essa pessoa venha a falecer antes da audiência de julgamento, ou venha a sofrer de doença grave e o seu estado se agravasse se tivesse de ser ouvida em audiência ou se for uma pessoa muito jovem e a inquirição na audiência possa constituir uma experiência traumática⁽¹⁰⁷⁾. O autor estabelece um paralelismo com o art. 356.º, n.º 4, demonstrando que se as declarações da pessoa ao agente policial não tivessem sido registadas por escrito não poderiam ser lidas na audiência, a não ser que o MP, o assistente e o arguido estivessem de acordo na sua leitura (art. 356.º, n.º 5), pelo que, não tendo sido reduzidas a escrito constituem tão-somente uma conversa informal. Por isso, conclui o autor, que o art. 356.º, n.º 7, veda o aproveitamento em audiência de conversas informais entre os agentes policiais e testemunhas ou declarantes, ainda que estas pessoas venham a falecer posteriormente, a padecer de anomalia psíquica superveniente ou seja impossível localizá-las⁽¹⁰⁸⁾. O autor preconiza a mesma solução para os depoimentos dos agentes policiais que mantiveram conversas informais com o suspeito ou o arguido depois da prática do crime e fora do inquérito. Afirmo o autor que se as declarações dos suspeitos tivessem sido registadas por escrito elas não poderiam ser lidas na audiência atendendo ao art. 357.º, a não ser que o arguido assim o solicitasse, pelo que, não tendo sido reduzidas a escrito constituem apenas conversas informais cujo conteúdo não pode ser reproduzido em audiência⁽¹⁰⁹⁾.

Nesta matéria, não pode deixar de atender-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional que no acórdão n.º 213/94⁽¹¹⁰⁾ considerou que é atentatória das garantias de defesa uma interpretação extensiva da parte final do n.º 1 do art. 129.º que permita a valora-

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibidem.*

⁽¹¹⁰⁾ Proc. n.º 719/92. Relator: CONSELHEIRO RIBEIRO MENDES.

ção do depoimento de agentes de polícia criminal acerca de conversas tidas com uma co-arguida do recorrente, no período em que aquela se encontrava detida e que não pode ser encontrada para prestar declarações em audiência de julgamento, tendo sido declarada contumaz. O que importa reter da argumentação do TC é que o Tribunal considerou que a valoração do depoimento dos agentes policiais é inconstitucional não pelo facto de se tratar de um depoimento indirecto ou pelo facto de a testemunha-fonte ser a co-arguida, mas sim pelo facto de se tratar de um depoimento acerca de declarações da co-arguida obtidas de modo ilegal, já que a co-arguida apenas poderia ter sido interrogada pela primeira vez pelo juiz de instrução, não podendo os órgãos de polícia criminal obter daquela declarações e, por outro lado, as declarações da arguida deveriam ter sido reduzidas a auto.

3. Leitura de declarações prestadas pelo arguido — art. 357.º

Estabelece o art. 357.º que a leitura de declarações anteriores do arguido só é permitida quando a mesma for por este solicitada, seja qual for a entidade perante a qual foram prestadas (alínea *a*) ou quando houver contradições ou discrepâncias entre aquelas declarações e as prestadas em audiência, desde que as anteriores declarações tenham sido prestadas perante o juiz (alínea *b*)).

Da conjugação das alíneas da norma em análise resulta com evidência que o pressuposto de admissibilidade de leitura das anteriores declarações é, em primeiro lugar, que o arguido tenha renunciado, em audiência de julgamento, ao seu direito ao silêncio.

A leitura das declarações anteriores a solicitação do arguido é expressão do direito a prestar declarações na audiência de julgamento, previsto no art. 343.º, do CPP, pelo que pode o arguido conformar o âmbito das declarações, decidindo quais as que pretende ou não que sejam lidas. As declarações anteriormente prestadas pelo arguido ficam assim reservadas a uma função de meio de investigação e de informação dos restantes sujeitos processuais que poderão assim adoptar a estratégia processual mais conve-

niente de acordo com tais declarações, cuja leitura em audiência dependerá integralmente do poder dispositivo do arguido⁽¹¹¹⁾.

Como características distintivas do regime português do estatuto do arguido como fonte de prova relativamente ao sistema adversarial ressaltam a protecção do arguido contra a auto-incriminação, incluindo as declarações prestadas de forma voluntária, bem como a direcção pelo juiz da estratégia e actividade material de interrogatório do arguido⁽¹¹²⁾.

Por fim, importa salientar que o art. 357.º não regula os casos de permissão de leitura de declarações anteriores ao julgamento para as situações em que o arguido não pode comparecer em audiência de julgamento. Na doutrina, Paulo Pinto de Albuquerque⁽¹¹³⁾ sustenta que as declarações anteriores não podem ser lidas, estando vedada a aplicação do art. 356.º, n.º 4.

Por outro lado, note-se que quando o art. 356.º, n.º 4 se refere a “declarantes” está a reportar-se às testemunhas, assistentes e partes civis, não sendo aplicável aos arguidos.

Seguimos neste ponto a doutrina preconizada por Sandra Oliveira e Silva⁽¹¹⁴⁾, segundo a qual o art. 357.º contém uma proibição implícita de valoração dos depoimentos anteriores ao julgamento nas hipóteses em que o arguido é julgado na ausência (art. 334.º, n.º 2).

O art. 357.º coloca o mesmo problema para os casos de coarguição. Este tema será abordado no tópico seguinte.

(111) Refere DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 419, que a leitura das declarações anteriormente prestadas pelo arguido não tem uma relevância probatória directa, apenas servindo como prova crítica daquelas declarações, em virtude de o arguido dispor de um direito de autodeterminação processual das suas declarações.

(112) PAULO DÁ MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 582.

(113) PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 900.

(114) SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 249.

4. Declarações do co-arguido

Nos termos do art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP estão impedidos de depor como testemunhas os arguidos e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos enquanto mantiverem aquela qualidade⁽¹¹⁵⁾.

A razão subjacente à previsão desta norma tem como fundamento uma ideia de protecção do arguido e de tutela da sua liberdade de declaração, decorrência do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. A norma protege o (co-)arguido das consequências que resultariam para ele de ter de prestar depoimento enquanto testemunha ajuramentada⁽¹¹⁶⁾.

Mas a consagração do direito ao silêncio provoca consequências também no âmbito da credibilidade do depoimento dos co-arguidos. Embora, o art. 345.º, n.º 4, introduzido pela revisão de 2007⁽¹¹⁷⁾, preceitua que “não podem valer como prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas nos termos dos n.ºs 1 e 2”, o que garante o exercício do contraditório, o facto é que a vigência de um abrangente direito ao silêncio coloca em causa a relevância do depoimento dos co-arguidos para efeitos de formação da convicção do tribunal. Doutro modo, como se pode depreender da análise das normas *supra* citadas, o regime das declarações dos co-arguidos gera tensões derivadas de interesses

⁽¹¹⁵⁾ Sobre a matéria da co-arguição *vide* MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-arguido*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

⁽¹¹⁶⁾ Neste sentido, acórdão do TC n.º 304/2004 (Proc. n.º 957/03. Relator: CONSELHEIRO ARTUR MAURÍCIO).

⁽¹¹⁷⁾ No domínio do regime anterior à Reforma de 2007, o TC, no acórdão n.º 524/97 considerou que a norma do n.º 2 do art. 345.º ofendia o art. 32.º da CRP ao não garantir o exercício do contraditório ao co-arguido que no processo é alvo de declarações em seu prejuízo por outro co-arguido. Em sentido diferente, segundo LEAL-HENRIQUES/SIMAS-SANTOS, *ob. cit.*, p. 360, a solução não deveria ser a declaração de inconstitucionalidade do mencionado preceito, mas simplesmente a livre apreciação pelo tribunal do silêncio do co-arguido que profere declarações em prejuízo de outro co-arguido mas se recusa a responder às perguntas que lhe são colocadas. Para estes autores, o que é relevante é ter em linha de conta a natureza e a relevância das questões a que o co-arguido se recusou a responder e a respectiva relevância daquelas questões no processo.

conflitantes entre co-arguidos. Ora, desta colisão de interesses resulta uma divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da questão de saber se será admissível o depoimento do co-arguido como meio de prova quando este depoimento se revela desfavorável aos interesses dos restantes co-arguidos, sendo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência a aceitação do depoimento do co-arguido desfavorável aos restantes co-arguidos. A complexidade da matéria centra-se, por isso, em torno da questão de saber em que termos deve aceitar-se a valoração destes depoimentos⁽¹¹⁸⁾. Neste domínio, Teresa Pizarro Beleza⁽¹¹⁹⁾ sublinha a diminuída credibilidade do depoimento do co-arguido, que deriva de vários aspectos do regime processual penal português, a saber: a previsão do direito ao silêncio do arguido e a impossibilidade de ser submetido à prestação de declarações sob juramento (art. 140.º, n.º 3, do CPP), o que impede a garantia do contraditório e lança sobre o depoimento do co-arguido uma forte dúvida sobre a veracidade das suas declarações. Com base nestes argumentos, a autora conclui que o depoimento do co-arguido constitui um meio de prova particularmente frágil que não deve ser considerado suficiente para sustentar uma condenação. Por outro lado, não tendo esse depoimento sido corroborado por outras provas, a sua credibilidade é nula⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Importa fazer referência, neste âmbito, à posição doutrinária (pioneira) de RODRIGO SANTIAGO, “Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 1, (Jan.-Mar.), 1994, p. 49, defensora da não admissibilidade da valoração como meio de prova das declarações do co-arguido relativamente aos demais co-arguidos.

⁽¹¹⁹⁾ TERESA PIZARRO BELEZA, “Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento do co-arguido no processo penal português”, *Revista do Ministério Público*, A, Ano 19, n.º 74, (Abr.-Jun.), 1998, pp. 47 e ss.

⁽¹²⁰⁾ TERESA PIZARRO BELEZA, *ob. cit.*, p. 48, considera mesmo ser “...de constitucionalidade duvidosa uma interpretação das normas do Código de Processo Penal em matéria de prova que leve a pensar ser suficiente essa única forma de convencimento do tribunal.”. A autora alerta, ainda, a este propósito, para “...o risco de danos irreversíveis à legalidade democrática que podem advir de uma excessiva colagem das nossas lei e prática judiciária aos modelos «inquisitoriais» estrangeiros de *pentiti* (arrepentidos) e infiltrados.”

O Código italiano prevê que as declarações prestadas pelo co-arguido pelo mesmo crime ou crime conexo são valoradas conjuntamente com os outros elementos de prova que lhe confirmem atendibilidade (art. 192.º, n.ºs 3 e 4, do CPPI). Assim, o Código italiano exige que por via de outras provas se obtenha a credibilidade das declarações do

De destacar, no mesmo sentido da doutrina exposta, o acórdão do STJ de 12-07-2006⁽¹²¹⁾. O acórdão, que segue a doutrina exposta no parecer de Figueiredo Dias junto ao processo, considerou que as declarações do co-arguido, pela sua especial fragilidade, devem ser analisadas com especial cautela, carecendo de ser submetidas a tratamento específico e retiradas do alcance do regime normal da livre apreciação da prova, impondo-se neste âmbito a aplicação da doutrina da corroboração⁽¹²²⁾. O acórdão conclui, com base nestes argumentos, que viola o princípio da presunção da inocência a fundamentação exclusiva da condenação com base na valoração do depoimento do co-arguido.

No que concerne à leitura de declarações anteriores ao julgamento do co-arguido que responde juntamente com o arguido (situação de comunhão processual — art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), a questão centra-se no domínio do art. 357.º, sendo admissível a leitura destas declarações em qualquer uma das hipóteses contidas na previsão da norma.

A lei não regula expressamente o regime das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento por um co-arguido que não pode comparecer em audiência em virtude de anomalia psíquica superveniente ou por se encontrar numa situação de impossibilidade duradoura que o impeça de comparecer na audiência, nem regula as declarações do co-arguido falecido. Paulo Pinto de Albuquerque⁽¹²³⁾ sustenta que as declarações do co-arguido falecido nunca podem ser lidas, porque o depoimento do arguido não pode ser equiparado ao de uma testemunha, já que quando produziu aquele depoimento o arguido não estava a obrigado a falar com verdade, pelo que não pode ser aplicado o art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), conjuntamente com o

co-arguido. Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 5.ª ed., Lisboa, Verbo, 2008, p. 209, deveria ser esta a solução do sistema português nesta matéria.

⁽¹²¹⁾ Proc. n.º 1608/06. Relator: SOUSA FONTE.

⁽¹²²⁾ Mencione-se que a doutrina da corroboração traduz-se na exigência de que as declarações do co-arguido só fundamentem a prova de um facto criminalmente relevante quando exista alguma prova adicional a tornar provável a história do co-arguido e razoavelmente seguro decidir com base nas suas declarações.

⁽¹²³⁾ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 899 e 900.

art. 356.º, n.º 4⁽¹²⁴⁾. Por isso, para Paulo Pinto de Albuquerque, o regime de transmissibilidade probatória das declarações do co-arguido (art. 133.º, n.º 1, alínea *a*)) que vem a padecer de anomalia psíquica superveniente ou que se encontra numa situação de impossibilidade douradura que o impede de comparecer na audiência não é em nenhuma hipótese regulado pelo art. 356.º. Quando, nos termos do n.º 4 desta norma, se alude às declarações prestadas por “declarantes” que “não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoira”, pretende-se aqui regular as declarações de testemunhas, assistentes e partes civis e não as declarações dos co-arguidos⁽¹²⁵⁾.

Para além da concordância com os argumentos apresentados por Paulo Pinto de Albuquerque, cremos que o art. 357.º contém uma proibição implícita de valoração das declarações anteriormente prestadas do co-arguido que não pode comparecer em audiência por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoira.

O art. 133.º n.º 2 prevê os casos de separações de processos para os co-arguidos que respondem pelo mesmo crime ou por crime conexo, matéria em que o direito ao silêncio⁽¹²⁶⁾ do co-arguido constitui um direito subjectivo da testemunha e não do

⁽¹²⁴⁾ A aplicação conjugada dos artigos constituiria, segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, uma inadmissível aplicação analógica de um preceito excepcional.

⁽¹²⁵⁾ Em sentido contrário à posição sustenta por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, MEDINA DE SEIÇA, *ob. cit.*, p. 137, sustenta a permissão de leitura das declarações anteriores ao julgamento do arguido que não pode comparecer na audiência com algum dos fundamentos do n.º 4 do art. 356.º, com a condição de que as declarações tenham sido prestadas na presença do defensor do arguido que está a ser julgado e em relação ao qual a leitura das declarações terá eficácia ou quando essa leitura seja requerida por um co-arguido que se encontra em julgamento.

⁽¹²⁶⁾ Mencione-se que o Tribunal Constitucional, nos acórdãos n.º 304/2004 e n.º 181/2005 reconduziu a tutela do art. 133.º, n.º 2, à prerrogativa contra a auto-incriminação. No que concerne ao alcance do n.º 2 do art. 133.º, o tribunal concluiu, no acórdão n.º 181/2005 (Proc. n.º 923/04. Relator: CONSELHEIRO PAULO MOTA PINTO), que não é desconforme à CRP a interpretação deste preceito no sentido em que não é exigível o consentimento para o depoimento, como testemunha, de anterior co-arguido cujo processo, tendo sido separado, foi já objecto de decisão transitada em julgado. Aliás, o tribunal afirmou que o impedimento para depor cessa no caso de o co-arguido deixar de o ser no processo separado por qualquer forma por que o procedimento criminal se extinga.

arguido no respectivo julgamento⁽¹²⁷⁾. Nesta matéria, ressalta a decisão do TC no acórdão 304/2004 que considerou que os direitos fundamentais do arguido no processo não são atingidos pelo facto de a testemunha (arguido por crime conexo ou em processo separado) não ser advertida do direito ao silêncio. Por isso, para o TC, os interesses processuais dos arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo no caso de separação de processos são autónomos dos interesses do arguido que se encontra a ser julgado. Em sentido contrário, para Paulo Pinto de Albuquerque⁽¹²⁸⁾ a falta de liberdade do depoimento da testemunha que não foi advertida do respectivo direito ao silêncio contamina a prova testemunhal produzida até um ponto em que as garantias de defesa no processo em que a prova foi produzida são irremediavelmente atingidas.

Note-se, por outro lado e como salienta Paulo Dá Mesquita⁽¹²⁹⁾, que o regime das declarações anteriores ao julgamento aplicado aos casos de separação de processos regulados no art. 133.º n.º 2 repercute-se no direito de contraditório do arguido, já que a recusa da testemunha em depor (por via do art. 356.º, n.º 6), implicará a proibição de valoração como prova das declarações anteriormente prestadas pela testemunha.

Em relação às declarações extra-processuais de arguido pelo mesmo crime ou crime conexo no caso de separação de processos (art. 133.º, n.º 2), a matéria é regulada pelo regime do depoimento indirecto, tema que tem sido alvo de atenção por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁽¹³⁰⁾ que tem recorrido ao conceito de indisponibilidade da fonte de prova para depor para admitir o recurso à leitura de declarações anteriores ao julgamento.

(127) Neste sentido PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 594, e acórdão do TC n.º 304/2004 que reconduz a tutela consagrado no art. 133.º, n.º 2, à garantia contra a auto-incriminação, uma posição, de resto, bastante difundida na doutrina. Com efeito, com esta perspectiva veja-se, por exemplo, GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 208.

(128) PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 355.

(129) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 595.

(130) A matéria será desenvolvida no Capítulo III aquando da análise da jurisprudência do TEDH em matéria de utilização de declarações anteriores ao julgamento.

5. Excepção à regra de intransmissibilidade probatória — autos processuais e declarações de peritos com valor para o efeito de formação da convicção do tribunal

Em matéria de leitura de declarações em audiência de julgamento apresenta-se como excepcional o regime contido no art. 356.º, n.º 1, alínea *b*), do CPP que admite a leitura em audiência de autos do inquérito e da instrução que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou das testemunhas⁽¹³¹⁾. Regra de transmissibilidade probatória dos autos processuais que configura uma excepção à regra geral e que prevê o regime dos autos que podem valer para o efeito de formação da convicção do tribunal.

Em concordância com esta regra de transmissibilidade probatória, o art. 323.º, alínea *b*), permite, durante a audiência, que o presidente ordene “a reprodução de quaisquer declarações legalmente admissíveis, sempre que o entender necessário à descoberta da verdade”, prevendo-se um dever de análise dos autos na alínea *c*) do art. 323.º.

Nesta matéria, sobressai a actividade de recolha de prova realizada pelos órgãos de polícia criminal, que deve ser documentada e que pode ser reproduzida em audiência. Integram-se igualmente na previsão da alínea *b*) do n.º 1 do art. 356.º, estando admitida a sua reprodução em audiência, os autos que contenham a prova por reconhecimento em sentido estrito e a reconstituição do facto⁽¹³²⁾.

(131) Veja-se, em coerência com este preceito, a previsão contida no art. 323.º, alínea *c*), que prevê que durante a audiência o presidente pode ordenar a leitura de documentos ou de autos de inquérito ou de instrução, sempre que a leitura dos mesmos seja legalmente admissível.

(132) Como nota PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 620, a permissão de reprodução em audiência de julgamento do acto de reconhecimento justifica-se pelo facto de este não integrar o conceito de declarações processuais. Ora, o que sucede é que não é comparável a importância da intervenção das partes na prova testemunhal comparativamente ao papel residual das partes na prova por reconhecimento. Por outro lado, considera o autor que a transmissibilidade probatória da prova por reconhecimento não representa, no Direito Português, qualquer diminuição dos direitos de contraditório da defesa por comparação com o Direito Norte-americano, uma vez que também no Direito nacional existe o entendimento de que esta prova só pode valer para o efeito de formação da convicção do tribunal se existir possibilidade de contra-inquirição da fonte pessoal de prova no julgamento.

De cariz igualmente excepcional é o regime da leitura das declarações anteriores ao julgamento de peritos⁽¹³³⁾ e consultores técnicos. O art. 356.º não regula a leitura em audiência dos autos e relatórios juntos aos autos nas fases de inquérito ou de instrução, pelo que vigora nesta matéria um princípio de transmissibilidade probatória, sendo assim permitida, através de uma interpretação *a contrario* da referida norma, a sua leitura independentemente da fase processual em que foram realizados e da presença do respectivo autor na audiência⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³³⁾ Desde a Revisão de 2007 os peritos estão impedidos de depor como testemunhas em relação às perícias que realizarem, nos termos do art. 133.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP. Na opinião de Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª ed., Lisboa, Verbo, 2008, p.167, o impedimento “...foi determinado por uma prática incorrecta dos tribunais que em caso de reconhecida suspeição dos peritos os inquiria como testemunhas”.

De referir, relativamente às declarações periciais, o entendimento do TEDH no sentido em que o conceito de testemunhas previsto no art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), da CEDH não inclui os peritos, embora se defenda um direito ao contraditório em relação às declarações periciais, à luz do art. 6.º, n.º 1, da CEDH (cf. BALSÝTÉ-LIDEIKIENÉ c. Lituânia, 4-11-2008, §§ 63 e 66).

Adianta PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 623, que o impedimento de o perito depor como testemunha relativamente a um conjunto de actos concretos e percepções envolvidos no procedimento pericial constitui um “desvio funcional”. O autor procura demonstrar a afirmação fornecendo como exemplos os casos de transmissão e manuseamento de amostras ou de vestígios, casos em que existe uma dimensão relativa ao juízo pericial sobre a análise o qual pode conter vertentes que não integram o conceito de declarações, já que correspondem, na prática, a uma resposta mecânica, pelo que são transmissíveis como prova independentemente das declarações dos peritos. Como tal, no entendimento doutrinário preconizado pelo autor, o art. 133.º, n.º 1, alínea *d*), introduzida pela Revisão de 2007 não atende ao facto de na realização das perícias existir este conjunto de tarefas e procedimentos autónomos do juízo pericial e que se traduzem em percepções transmissíveis narrativamente.

Na Acta 24 da Unidade de Missão para a Reforma Penal (2005/07) pode ler-se a posição defendida pelo representante do Instituto Nacional de Medicina Legal, FRANCISCO CORTE-REAL, no sentido em que os peritos não devem ser ouvidos como testemunhas.

⁽¹³⁴⁾ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 894.

CAPÍTULO III

Declarações anteriores ao julgamento, CEDH e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

1. Declarações anteriores ao julgamento no quadro da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A forma como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem analisa a temática das declarações anteriores ao julgamento está directamente relacionada com o desenvolvimento jurisprudencial que tem concedido à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O art. 6.º da CEDH constitui a principal matriz de referência das decisões do Tribunal Europeu em matéria de transmissibilidade das declarações anteriores ao julgamento em que avultam primordialmente as garantias do direito a um processo equitativo e o respeito pelo contraditório. Com efeito, a permissão de acesso a declarações prestadas em fase anterior ao julgamento está condicionada pelos imperativos consagrados no art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*) — a consagração do direito ao processo equitativo e, como seu corolário, o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação. O conceito de testemunha para efeitos desta norma deve ser entendido de forma ampla, de modo a abranger os co-arguidos⁽¹³⁵⁾. O termo não inclui os peritos que são expressamente excluídos do conceito de testemunhas pelo TEDH, embora subsista um direito ao contraditório relativamente às declarações periciais que, na perspectiva do Tribunal Europeu, é tutelado pelo n.º 1 do art. 6.º da Convenção⁽¹³⁶⁾.

Importa, por isso, neste ponto, identificar as principais linhas de orientação do TEDH na ponderação da utilização das declarações anteriores ao julgamento, a partir do desenvolvimento jurisprudencial concedido ao art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*), da CEDH.

⁽¹³⁵⁾ Acórdão KASTE e MATHISEN c. Noruega, de 9-11-2006.

⁽¹³⁶⁾ Neste sentido, veja-se o acórdão BALSYTÉ-LIDEIKIENÉ c. Lituânia, de 4-11-2008.

1.1. Declarações anteriores ao julgamento e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Em matéria de permissão de leitura e valoração de declarações anteriores ao julgamento, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem apresentado uma perspectiva linear — o princípio do contraditório não impede que as autoridades nacionais possam, em face de determinadas circunstâncias, valorar declarações prestadas em fase anterior ao julgamento, mesmo que a defesa não tenha tido a possibilidade de exercer a contra-inquirição relativamente às testemunhas de acusação. Por outro lado, para o TEDH o depoimento prestado em fase anterior ao julgamento por uma testemunha perante as autoridades judiciais ou perante órgãos de polícia criminal pode ser lido na audiência e valorado para efeitos de decisão, desde que a defesa tenha tido a possibilidade de interrogar ou fazer interrogar a testemunha. Apesar da enunciação de regras gerais, o TEDH não tem definido um conjunto de parâmetros claros sobre as condições exigidas para que possam ser valoradas as declarações anteriores⁽¹³⁷⁾.

No acórdão *Unterpertinger c. Áustria*⁽¹³⁸⁾ o TEDH pronunciou-se relativamente a uma possível violação do art. 6.º da Convenção, designadamente do direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação, num caso em que teve de apreciar a utilização como prova na condenação dos depoimentos de testemunhas que não prestaram depoimento em audiência e em relação às quais o arguido não teve a oportunidade de contra-inquirir.

O arguido, o Sr. Unterpertinger, foi acusado de agressões à cónjuge e à enteada que relataram os factos à polícia mas que em audiência decidiram permanecer em silêncio, ao abrigo da prerrogativa de silêncio familiar concedida pela lei austríaca.

⁽¹³⁷⁾ Nota ainda PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 436, nota 36, que o TEDH prescinde, nalguns acórdãos, de uma avaliação especificada das circunstâncias que justificam a utilização das declarações anteriores nos casos em que a defesa não teve a possibilidade de exercer a contra-inquirição e que é consequência, na óptica do autor, do modelo argumentativo adoptado em determinadas decisões e não da assunção de uma diferente metodologia ou de uma pretendida rotura jurisprudencial contra os arestos em que se exige uma ponderação discriminada.

⁽¹³⁸⁾ Acórdão de 24.11.1986.

O Tribunal Europeu começou por afirmar que a valoração de depoimentos prestados em fase anterior sem que a defesa tenha tido a possibilidade de formular ou propor perguntas não constitui uma violação do direito previsto no art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), da CEDH, desde que a utilização daqueles depoimentos como prova da condenação respeite os direitos de defesa. Contudo, no caso concreto, o TEDH acabou por concluir que as declarações prestadas pela esposa e pela enteada⁽¹³⁹⁾ à polícia foram determinantes para a condenação do arguido e, como tal, este não beneficiou de um processo equitativo, tendo havido violação do art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*).

Salienta Paulo Dá Mesquita⁽¹⁴⁰⁾ que no acórdão Unterpertinger o Tribunal Europeu estabeleceu uma matriz argumentativa que se mantém até à actualidade e que compreende a ideia de que se deve analisar o direito a um processo equitativo como um todo, a renúncia ao imperativo da proibição abstracta de prova e a ponderação do peso a nível probatório na condenação das declarações prévias de testemunhas relativamente às quais o arguido não teve oportunidade, como impõe o art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), da CEDH, de interrogar ou fazer interrogar.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu, a recolha antecipada de declarações que são posteriormente utilizadas em audiência de julgamento, mas em que a defesa tem a oportunidade de intervir no acto de recolha não implica necessariamente a violação do art. 6.º da CEDH. O mesmo sucede com a utilização em audiência de julgamento de declarações prestadas em fase anterior por uma testemunha que a defesa tem a possibilidade de inquirir em audiência. Por isso, para o Tribunal Europeu a antecipação do depoimento de forma a respeitar o princípio do contraditório permite fazer relevar as anteriores declarações. O tribunal considera como contraditório adequado para efeitos de respeito das garantias de defesa do arguido a possibilidade plena de colocar questões, ainda que sem contacto directo com a testemunha. Ainda

⁽¹³⁹⁾ A prerrogativa de silêncio familiar da ex-cônjuge (à data da decisão do TEDH tinha já sido decretado o divórcio) e da enteada foi considerada legítima atendendo à necessidade de as salvar de um “dilema moral”.

⁽¹⁴⁰⁾ PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 424.

assim, o Tribunal considera que deve ser respeitado o princípio da imediação, tendo em conta que constitui um elemento importante do processo equitativo a possibilidade de o arguido ser confrontado com as testemunhas na presença do juiz, princípio da imediação aliás relevante em sede de procedimentos criminais em que a observação do comportamento e a aferição da credibilidade das testemunhas podem ter consequências para o arguido⁽¹⁴¹⁾. Mas o direito da defesa à contra-inquirição tem como consequência um dever positivo de os Estados praticarem os actos necessários para a respectiva efectivação do direito, embora a margem concedida aos tribunais para definir a conveniência e necessidade da inquirição da testemunha seja ampla, já que só em situações excepcionais é que o TEDH considera que a não inquirição de uma testemunha contende com o art. 6.º⁽¹⁴²⁾ e para se considerar violado o preceito é necessário que o tribunal conclua que a inquirição da testemunha era necessária à descoberta da verdade e que a não audição atentou contra os direitos de defesa do arguido.

Na jurisprudência do Tribunal Europeu é possível descortinar como causas legitimadoras do acesso a declarações anteriores a indisponibilidade da fonte de prova para prestar declarações em audiência de julgamento, sendo que esta impossibilidade pode derivar de causas naturalísticas, de que são exemplo a morte⁽¹⁴³⁾ ou incapacidade psíquica superveniente da testemunha, a impossibilidade de fazer comparecer a testemunha em audiência⁽¹⁴⁴⁾ e o exercício pela testemunha do direito de recusa de depoimento, casos em que avulta a protecção do direito ao silêncio e, em particular, a prerrogativa de silêncio familiar⁽¹⁴⁵⁾. É exemplo desta orientação

⁽¹⁴¹⁾ Acórdão PK c. Finlândia, de 9-07-2002.

⁽¹⁴²⁾ Neste sentido, vejam-se os acórdãos BRICMONT c. Bélgica, de 7-07-89, DESTREHEM c. França, de 18-05-2004, S.N. c. Suécia, de 10-06-2002 e VATURI c. França, de 13-04-2006.

⁽¹⁴³⁾ Acórdão FERRANTELLI e SANTANGELO c. Itália, de 7-08-96.

⁽¹⁴⁴⁾ Os casos de impossibilidade de comparência em audiência estão relacionados, entre outros motivos, com a não localização da testemunha, apesar de terem sido encetadas diligências para esse efeito. A este propósito, vejam-se os acórdãos KOLLCAKU c. Itália, de 8-02-2007 e CALABRÒ c. Itália, de 21-03-2002.

⁽¹⁴⁵⁾ Acórdão UNTERPERTINGER c. Áustria, de 24-11-86, acórdão ASCH c. Áustria, de 26-04-91 e SOFRI e outros c. Itália, de 7-03-2003.

jurisprudencial o acórdão *Asch c. Áustria*⁽¹⁴⁶⁾. O acórdão incidiu sobre a questão de saber se foi concedido ao Sr. Asch as possibilidades efectivas de acesso a um processo equitativo face às circunstâncias em que foi baseada a sua condenação.

O Sr. Asch foi acusado de agressões à sua companheira que em audiência de julgamento permaneceu em silêncio, exercendo a prerrogativa de silêncio familiar.

O arguido foi condenado em multa pelo crime de ofensas à integridade física com base no depoimento indirecto prestado pelo órgão de polícia criminal que relatou as agressões que a companheira do arguido descrevera à polícia, para além de ter sido diagnosticado um temperamento irascível e imprevisível ao arguido. Refira-se, ainda, que o depoimento indirecto sobre as declarações prestadas pela testemunha foi corroborado pelo diagnóstico do médico que avaliou o estado em que se encontrava a vítima.

O Tribunal Europeu aceitou esta decisão e concluiu que o depoimento de uma testemunha não tem de ser sempre realizado num tribunal e em público para ser admitido como prova⁽¹⁴⁷⁾, tendo concluído que não houve violação do art. 6.º da Convenção, embora tenha afirmado que, em geral, toda a prova deve ser normalmente produzida em audiência pública na presença do arguido e com a possibilidade de argumentação adversarial⁽¹⁴⁸⁾. O TEDH salientou ainda, no seguimento de uma linha jurisprudencial contínua que a função do tribunal consiste em pesquisar se o processo analisado no seu conjunto, incluindo o modo de apresentação dos meios de prova, revestiu um carácter equitativo.

Para o TEDH não basta que se verifique uma destas situações de indisponibilidade da testemunha depor em audiência para que se conclua que é legítimo recorrer a declarações prestadas anteriormente, sendo ainda necessário, como se constatou pela análise do acórdão *Unterperntinger*, avaliar o carácter decisivo destas declara-

⁽¹⁴⁶⁾ Acórdão de 26-04-1991.

⁽¹⁴⁷⁾ Para o TEDH a utilização como prova em audiência de julgamento de declarações obtidas na fase de investigação policial e na fase de inquérito não é por si só incompatível com o art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea d), da CEDH. Neste sentido, pode ver-se o acórdão *W.C. c. Finlândia*, de 24-04-2007.

⁽¹⁴⁸⁾ *Vide*, entre outros, Acórdão *MESESNEL c. Eslovénia*, de 28-02-2013.

ções na condenação para se concluir pela admissibilidade da sua utilização. Foi este aspecto que o TEDH tomou em consideração no acórdão P.S. c. Alemanha⁽¹⁴⁹⁾. O acórdão P.S. c. Alemanha levou o Tribunal Europeu a analisar a condenação de um professor de música por um crime de violação a uma aluna, com oito anos de idade.

Em audiência de julgamento e com o objectivo de proteger a vítima foi decidido que esta não estaria presente, não tendo por isso prestado declarações, pelo que a condenação do arguido foi baseada somente nas declarações da mãe da vítima e do agente policial que recebeu a prestação de depoimento da mãe da vítima logo após os factos.

O TEDH considerou que a condenação do arguido com base no depoimento indirecto da mãe da vítima e do agente policial que a ouviu logo após os factos é incompatível com a CEDH, tendo concluído pela violação do art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*), da CEDH.

Também Portugal foi alvo de uma queixa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pelo peso na fundamentação da condenação com base nas declarações anteriormente obtidas. No acórdão Panasenکو c. Portugal⁽¹⁵⁰⁾ o tribunal reiterou que os direitos de defesa são restringidos de modo incompatível com o art. 6.º da CEDH sempre que uma condenação é fundada “unicamente ou em medida determinante” em depoimentos prestados por testemunhas que o arguido não pode interrogar ou fazer interrogar nem durante a instrução, nem em audiência de julgamento. O TEDH concluiria pela não violação do art. 6.º da CEDH, tendo em consideração que a prova decorrente dos depoimentos das testemunhas não foi “determinante” para fundamentar a condenação do queixoso.

Outra linha jurisprudencial do TEDH continua em matéria de declarações anteriores ao julgamento encontra-se na irrelevância do mediador comunicacional na audiência de julgamento para a

⁽¹⁴⁹⁾ Acórdão de 20-12-2001, da 3ª secção. Mas também noutros acórdãos o TEDH analisou o impacto da valoração das declarações anteriores na condenação: Acórdãos SAÏDI c. França, de 20-09-1993, LUCÀ c. Itália, de 27-02-2001, A.M. c. Itália, de 14-12-1999, GOSSA c. Polónia, de 9-01-2007, MIRIASHVILI c. Rússia, de 11-12-2008 e CRAXI c. Itália, de 5-12-2002 e DOORSON c. Holanda, de 23-04-1997.

⁽¹⁵⁰⁾ Acórdão PANASENKO c. Portugal, de 22-10-2008.

avaliação do contraditório relativamente a declarações passadas. O TEDH não distingue entre a leitura de declarações⁽¹⁵¹⁾, o depoimento de ouvir-dizer de um agente policial responsável pela recolha de depoimentos⁽¹⁵²⁾ ou a utilização do registo áudio e som das declarações anteriores ao julgamento⁽¹⁵³⁾, mas nos casos em que se considera legítima a produção e valoração da prova sem contraditório (mesmo nos casos de contraditório antecipado ou diferido), o TEDH atende à relação da defesa com o mediador para determinar se há respeito pela garantia do processo equitativo.

Outro aspecto decisivo para as ponderações encetadas pelo TEDH nesta matéria respeita aos valores que podem entrar em colisão com o interesse da defesa de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas, como é o caso dos interesses repressivos, relativos à gravidade do crime e ao grau de dificuldade de obtenção da prova e os interesses da testemunhas e das vítimas⁽¹⁵⁴⁾, analisados no caso concreto. O Tribunal Europeu teve em conta a importância de assegurar a eficácia da investigação criminal no recurso a agentes infiltrados no acórdão *Lüdi c. Suíça*⁽¹⁵⁵⁾. Tratou-se, no presente

⁽¹⁵¹⁾ Acórdão *UNTERPERTINGER c. Áustria* e Acórdão *GOSSA c. Polónia*, de 9-01-2007.

⁽¹⁵²⁾ Acórdão *WINDISH c. Áustria*, de 24-11-86, acórdão *HAAS c. Alemanha*, de 17-11-2005 e *ASCH c. Áustria*.

⁽¹⁵³⁾ Acórdão *B. c. Finlândia*, de 24-04-2007.

⁽¹⁵⁴⁾ O TEDH encetou ponderações relativas aos interesses das vítimas quanto à necessidade de salvaguardar a respectiva privacidade no acórdão *B. c. Finlândia*, de 24-04-2007, no acórdão *JERINÒ c. Itália*, de 2-06-2005, por ser necessário proteger a vítima de eventuais represálias. Interesses da vítima também salvaguardados em situações em que o TEDH pretende proteger a vítima de um “dilema moral”, as situações de exercício da prerrogativa familiar, de que constitui exemplo o já citado acórdão *UNTERPERTINGER c. Áustria*. O TEDH procedeu a ponderações quanto à necessidade de salvaguardar a segurança das vítimas nos acórdãos *KOSTOVSKI c. Holanda*, de 20-11-1989 e *DOORSON c. Holanda*, de 26-03-1996. No acórdão *VAN MECHELEN e outros c. Holanda*, de 23-04-1997, o TEDH concluiu que no caso em análise não existiam motivos suficientes para manter o anonimato das testemunhas, agentes policiais sobre quem impende um dever de colaboração com a Justiça por no caso concreto não se vislumbrarem riscos de eventuais represálias para os agentes policiais ou para as respectivas famílias. Para uma análise da decisão *vide* ANTÓNIO HENRIQUES GASPÁR, “Anotação ao acórdão *Van Mechelen et autres*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 1, (Jan.-Mar.), 1999, pp. 131-169.

⁽¹⁵⁵⁾ Acórdão de 15-06-1992. As ponderações de valores conflitantes encetadas pelo TEDH que permitem restrições à concretização do princípio do contraditório foram

caso, de uma investigação realizada com recurso a um agente infiltrado e escutas telefónicas num crime de tráfico de estupefacientes, tendo o arguido sido condenado por este crime. Os tribunais suíços sempre recusaram facultar a verdadeira identidade do agente infiltrado (com o nome fictício “Toni”), bem como chamar este agente a depor em audiência, assim vedando ao arguido a possibilidade de contraditar em audiência de julgamento os depoimentos prestados por aquele agente. Consideraram os tribunais estar em causa o interesse público na prossecução deste tipo de crimes com recurso a agentes infiltrados, casos em que importa salvaguardar o anonimato destes agentes.

O Tribunal Europeu considerou que no caso concreto o facto de os tribunais suíços não terem ouvido o agente infiltrado implicou uma impossibilidade para o Sr. Lüdi de em qualquer fase interrogar o agente infiltrado, pôr em causa a credibilidade do seu depoimento ou fornecer aos juízes uma comparação entre as declarações de ambos. O TEDH concluiu, assim, pela violação do art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*), da CEDH tendo reiterado que o papel do tribunal consiste em avaliar o processo no seu conjunto, incluindo o modo de apresentação e avaliação das provas respeitou ou não a exigência de um processo equitativo.

Em matéria de declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, o TEDH considera que podem ser utilizados contra aquele desde que verificado o respeito pelas garantias essenciais, a prerrogativa contra a auto-incriminação e o direito à assistência de defensor e isto mesmo que o arguido decida permanecer em silên-

acolhidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no acórdão PUPINO. O acórdão analisou a legislação italiana que permite a antecipação de recolha de depoimentos sem necessidade de posterior repetição e para efeitos de valoração em termos probatórios e concluiu que a premência de concretizar os objectivos previstos pela decisão-quadro sobre o estatuto da vítima em processo penal impõe que um órgão jurisdicional nacional tenha a possibilidade de utilizar o mecanismo previsto na lei italiana se este “der melhor resposta à situação dessas vítimas e se impuser para prevenir a perda dos elementos de prova, para reduzir ao mínimo a repetição dos interrogatórios e para evitar as consequências prejudiciais, para as referidas vítimas, do seu depoimento em audiência pública” — Case C-105/03, de 16-06-2005, § 56. Neste acórdão, o TJCE considerou as normas da CEDH princípios do Direito Comunitário, em particular o do processo equitativo, nos termos em que é interpretado pelo TEDH.

cio em audiência de julgamento. Como salienta Paulo Dá Mesquita⁽¹⁵⁶⁾, não existe qualquer direito ao apagamento do que o arguido disse, pelo que o respeito pela garantia do processo equitativo implica somente que o arguido tenha a possibilidade de apresentar a sua versão dos factos, sem que tal opção condicione o poder do Estado de recorrer à utilização de declarações prestadas em fase anterior ao julgamento⁽¹⁵⁷⁾.

CAPÍTULO IV

A revisão de 2013 ao Código de Processo Penal

1. A Proposta de Lei n.º 77/XII e a Lei n.º 20/2013

Foi publicada em Diário da República⁽¹⁵⁸⁾ a Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro que procede à vigésima alteração ao Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87 de 17 de Fevereiro. A lei procede à alteração de um total de 50 artigos em matérias como a assistência por defensor, a aplicação de medidas de coacção, suspensão provisória de processo, processo sumário e admissibilidade de recursos para o Supremo Tribunal de Justiça. Iremos apenas tratar, porque relacionado com o âmbito do presente trabalho, o regime, agora também modificado, das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento (arts. 356.º e 357.º), assim como a matéria relativa aos antecedentes criminais, também

⁽¹⁵⁶⁾ PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 436.

⁽¹⁵⁷⁾ No acórdão DE LORENZO c. Itália, de 12-02-2004, o TEDH assumiu uma posição inequívoca no que respeita à interpretação da CEDH, afirmando que este instrumento não deve ser interpretado no sentido de exigir que um acusado que teve a oportunidade de contribuir com a sua versão dos factos nas diferentes fases do processo tenha de manifestar a sua vontade em prestar declarações em cada uma destas fases.

⁽¹⁵⁸⁾ *Diário da República*, I Série, n.º 37 de 21 de Fevereiro de 2013.

modificada pela presente lei e que apresenta directa conexão com a matéria aqui tratada do direito ao silêncio.

Foi também apresentada à Assembleia da República em 7 de Julho de 2012 o Projecto de Lei n.º 266/XII (PCP) que propunha alterações ao CPP “estabelecendo a obrigatoriedade de assistência do arguido por defensor no inquérito e garantindo maior celeridade no julgamento da criminalidade de menor gravidade”.

A Lei n.º 20/2013 teve por base a Proposta de Lei n.º 77/XII do Governo apresentada em 21 de Junho de 2012 à Assembleia da República e aprovada na generalidade com os votos favoráveis do PSD e CDS/PP e os votos contra do PS, PCP, BE e PEV.

A proposta foi apreciada na especialidade, tendo os Grupos Parlamentares do PS, BE e PCP apresentado projectos de lei com alterações ao CPP que contudo, foram rejeitados.

A proposta viria a ser sujeita a alterações e foi aprovada através da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro. O processo de revisão do CPP contou com a participação de representantes de diversos sectores da Justiça e docentes universitários que tiveram a oportunidade de elaborar pareceres de apreciação crítica das alterações contidas na Proposta n.º 77/XII. À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa foi também solicitado que se pronunciasse sobre a Proposta de Lei n.º 77/XII e ainda sobre a Proposta n.º 266/XII 1.ª (PCP). A Faculdade organizou ainda um colóquio especialmente destinado a debater as propostas de alteração ao Código Penal e ao Código de Processo Penal⁽¹⁵⁹⁾.

A Lei n.º 20/2013 não contém, à semelhança das anteriores Leis n.º 48/2007 e n.º 26/2010, nenhuma exposição de motivos, nota justificativa ou preâmbulo. Mas pode afirmar-se que foi impulsionada por uma generalizada crítica, oriunda sobretudo das magistraturas, no tocante ao regime vigente das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento e que propugnava uma maximização do aproveitamento probatório destas declarações, designadamente sempre que tivessem sido prestadas na pre-

(159) Colóquio intitulado “As propostas de alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal”, realizado a 4 de Dezembro de 2012. O programa do Colóquio encontra-se disponível em <<http://idpcc.pt.>>.

sença de defensor e desde que o arguido tivesse sido advertido do respectivo direito ao silêncio.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 77/XII pode ler-se o propósito de se alcançar uma adequação entre, por um lado, a necessidade de eficácia de combate ao crime e à defesa da sociedade e, por outro, a garantia dos direitos de defesa do arguido. Na nova Revisão do CPP ressalta um propósito de modificar aspectos pontuais com o objectivo de reforçar a credibilidade dos cidadãos na Justiça, reformulando a opinião e os sentimentos colectivos e dotando o sistema judicial de uma maior eficácia. As alterações introduzidas pela nova lei não se restringem, contudo, a modificações meramente correctivas. Pelo contrário, a nova lei inverte o sentido da Reforma de 2007⁽¹⁶⁰⁾ e constitui mesmo, para Paulo Sousa Mendes⁽¹⁶¹⁾, uma subversão da estrutura acusatória do processo penal português com ofensa de um conjunto de princípios processuais penais, embora não seja assumida uma intenção de redefinir ou reinterpretar a estrutura acusatória do processo penal português. Nos próximos pontos iremos concretizar estas ideias e analisar em que medida é que o novo regime jurídico afecta garantias essenciais do processo penal português. Veremos, no que concerne em específico ao regime das declarações prestadas por testemunhas em fase anterior ao julgamento, ao regime das declarações prestadas pelo arguido e à matéria relativa aos antecedentes criminais, as alterações efectuadas ao regime pela Lei n.º 20/2013 e as implicações de fundo que a Lei provoca.

⁽¹⁶⁰⁾ Neste sentido, veja-se o Parecer de MARIA FERNANDA PALMA, “Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal”, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>>.

⁽¹⁶¹⁾ PAULO SOUSA MENDES, “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 1379.

1.1. Obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais

Em matéria de antecedentes criminais a Lei n.º 20/2013 elimina a obrigatoriedade de o arguido responder relativamente aos seus antecedentes criminais em qualquer fase processual. Altera, por isso, o art. 61.º, n.º 3, alínea *b*) que estabelecia como dever processual a obrigação de o arguido responder com verdade relativamente aos seus antecedentes criminais em todos os momentos exigidos pela lei e altera, de forma concordante, o art. 141.º, n.º 3, do CPP que estabelecia a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais no primeiro interrogatório judicial. Concomitantemente, o art. 359.º, n.º 2, do Código Penal foi alterado com vista a eliminar a respectiva incriminação⁽¹⁶²⁾. Na exposição de motivos da proposta apenas se refere: “a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais, que já tinha sido eliminada na fase de julgamento, é agora eliminada relativamente a todas as fases do processo”. Nenhum dos Grupos Parlamentares avançou com propostas de modificação do regime da obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais.

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 695/95, tinha já declarado a inconstitucionalidade, com fundamento no direito ao silêncio, do art. 342.º do CPP que impunha a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais no início da audiência de julgamento, uma concretização jurisprudencial da orientação, já manifestada pela doutrina portuguesa, de que o artigo em causa ofendia a CRP⁽¹⁶³⁾. O legislador acompanhou a

⁽¹⁶²⁾ A alteração teve na sua base a Proposta de Lei n.º 75/XII. Refira-se ainda o acórdão do STJ de fixação de jurisprudência n.º 9/2007, de 14-03-2007 (disponível em <<http://www.dre.pt>>) que fixou jurisprudência no sentido em que o arguido, caso esteja em liberdade e se for interrogado nos termos do art. 144.º e legalmente advertido e ainda assim prestar falsas declarações a respeito dos seus antecedentes criminais incorre na prática do crime de falsidade de declaração, nos termos do art. 359.º, n.ºs 1 e 2, do CP, embora com voto de vencido de Maia Costa por considerar desproporcionada a colaboração por parte do arguido com a Justiça.

⁽¹⁶³⁾ FERNANDA PALMA, “A Constitucionalidade do art. 342.º do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do arguido”, *Revista do Ministério Público*, 15, n.º 60, (Out.-Dez.), 1995, pp. 101-110, pronunciava-se no sentido de que o art. 342.º do CPP ofen-

orientação de inconstitucionalidade e eliminou tal obrigatoriedade através da Lei de Autorização Legislativa n.º 90-B/95 e do Decreto-Lei autorizado n.º 317/95. Contudo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional não seguia o mesmo entendimento acerca da obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais no primeiro interrogatório judicial de arguido detido (art. 141.º) assim como, por extensão do regime, nos interrogatórios não judiciais de arguido detido (art. 143.º, n.º 2) e nos interrogatórios de arguido em liberdade (art. 144.º, n.º 1). Exemplos desta orientação jurisprudencial podem encontrar-se nos acórdãos n.ºs 127/2007⁽¹⁶⁴⁾ e 372/98⁽¹⁶⁵⁾, com fundamento na ideia de que tal imposição legal, embora constitua uma ofensa ao princípio *nemo tenetur* traduz-se numa restrição admissível do princípio por não ser uma obrigação de declaração em audiência pública e por não constituírem declarações relativas à questão da culpabilidade e ainda por não existirem outros meios institucionais de obter a informação em tempo útil.

Refira-se que o dever de o arguido responder acerca dos seus antecedentes criminais em momentos anteriores à fase de julgamento era considerada inconstitucional por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos⁽¹⁶⁶⁾, por ofender o direito à não auto-incriminação, uma vez que o arguido faz declarações a que o juiz terá facilmente acesso e, por outro lado, tais declarações são feitas perante o juiz de instrução que tem por competências aplicar medidas de coacção. Neste sentido, ao fornecer informações sobre os seus antecedentes criminais o arguido contribui para a criação de uma imagem negativa a seu respeito que poderá resultar no decretamento da prisão preventiva, o que resulta numa distorção do princípio da presunção de inocência e do direito a um processo

dia o direito ao silêncio do arguido e o princípio da necessidade da pena (art. 18.º, n.º 2, da CRP).

⁽¹⁶⁴⁾ Proc. n.º 794/06. Relatora: CONSELHEIRA MARIA HELENA BRITO.

⁽¹⁶⁵⁾ Proc. n.º 22/97. Relator: CONSELHEIRO VÍTOR NUNES DE ALMEIDA. Na doutrina, adopta o entendimento acolhido neste acórdão FÁBIO LOUREIRO, *ob. cit.*, pp. 81 e 82.

⁽¹⁶⁶⁾ AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 20 e 21.

equitativo. Em sentido convergente, Figueiredo Dias⁽¹⁶⁷⁾ preconizava uma linha doutrinária defensora da não obrigatoriedade do arguido responder sobre os seus antecedentes criminais sem que tenha sido alcançado o momento de determinação da medida da pena, “como forma óptima de preservar a impassibilidade judicial”⁽¹⁶⁸⁾.

A eliminação do dever do arguido responder sobre os seus antecedentes criminais vem assim corresponder à orientação já largamente difundida na doutrina sobre esta matéria.

Não é assim difícil perceber a aceitação unívoca por parte da doutrina da alteração que a Proposta de Lei n.º 77/XII preconizava. Vânia Costa Ramos, em parecer⁽¹⁶⁹⁾ solicitado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa aceita a modificação ao regime em causa, considerando-o adequado do ponto de vista político-criminal (atendendo à falta de fidedignidade das declarações prestadas pelo arguido quanto aos seus antecedentes criminais e à facilidade com que pode ser obtida esta informação por outros meios) e do ponto de vista da conformidade constitucional da alteração. Note-se que a autora considerava que o regime anterior era inconstitucional por violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (arts. 20.º, n.º 4 e 32.º, n.os 1 e 2, da CRP), por ser manifestamente desproporcionada a restrição ao princípio, tendo em

⁽¹⁶⁷⁾ FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, AA.VV., *Jornadas de Processo Penal: o novo Código de Processo Penal*, (org. Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1991, pp. 33 e 34.

⁽¹⁶⁸⁾ Ainda no domínio da vigência do regime anterior ao agora apresentado pela Lei n.º 20/2013, CATARINA VEIGA, *Considerações Sobre a Relevância dos Antecedentes Criminais do Arguido no Processo Penal*, Coimbra, Almedina, p. 123, defendia que o juiz apenas deveria ter acesso ao registo criminal do arguido após a audiência de julgamento e no momento de elaboração da sentença, atendendo a que nesta altura o juiz já formou a sua convicção e determinou se o arguido é ou não culpado. A autora considerava também que o acesso ao registo criminal (sem ser facultado pelo arguido) deveria ser possibilitado durante as fases de inquérito e de instrução porque estas fases não são decisórias, ou seja, não se está ainda a avaliar a culpa do arguido.

⁽¹⁶⁹⁾ VÂNIA COSTA RAMOS, “Direito ao silêncio sobre antecedentes criminais e direito à assistência por defensor — dois aspectos positivos das alterações propostas às leis processuais penais”, 2012, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>>.

conta as consequências e as finalidades prosseguidas com tal restrição. De salientar, também, a posição assumida por Vânia Costa Ramos no parecer *supra* referido relativamente ao dever de responder com verdade relativamente aos processos pendentes na fase de julgamento presente no art. 342.º do CPP. Os Grupos Parlamentares do PSD e do CDS/PP apresentaram uma proposta no sentido de eliminar tal obrigação em sede de apreciação na especialidade na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Segundo Vânia Costa Ramos, este dever insito no art. 342.º do CPP ofende o princípio *nemo tenetur* pelo facto de se traduzir numa obrigação de declarar sobre factos que contribuem para a formação de uma imagem negativa do arguido na mente do julgador, por essa obrigação consubstanciar cooperação através de declarações relevantes para aplicação de medidas de coacção e por constituir uma obrigação de declarar sobre factos que poderão ter impacto na medida da sanção que venha a ser aplicada. Por estes motivos, a autora considera que a obrigação contida no art. 342.º comporta a violação dos arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.ºs 1 e 2.

A eliminação da obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais em qualquer fase processual é considerada uma alteração louvável por Fernanda Palma, que se pronunciou, em parecer⁽¹⁷⁰⁾, sobre esta alteração insita na Proposta n.º 77/XII, uma solução também louvada no parecer⁽¹⁷¹⁾ elaborado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa. No mesmo sentido, Germano Marques da Silva⁽¹⁷²⁾ não apresentou objecções à modificação que a Proposta pretendia introduzir neste ponto. Também à Ordem dos Advogados

(170) FERNANDA PALMA, “Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal” (parecer), disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>>.

(171) Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, “Consulta”, 2012, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>>.

(172) Veja-se o parecer de GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas breves sobre as propostas e os projectos de alteração das leis penais”, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93762>>.

foi solicitado parecer⁽¹⁷³⁾ para se pronunciar relativamente à Proposta de Lei n.º 77/XII. No que concerne à proposta de alteração em matéria de antecedentes criminais, a Ordem não levantou qualquer objecção.

O Sindicato dos Magistrados do Ministério Público foi uma das entidades a quem foi solicitado parecer⁽¹⁷⁴⁾ relativo à Proposta de que agora se trata, tendo considerado que a eliminação do dever de responder com verdade relativamente aos antecedentes criminais constitui uma alteração louvável. Contudo, alerta o SMMP que é imprescindível que seja garantido que o sistema informático de emissão do registo criminal funcione efectivamente, a todo o momento e que permita a obtenção imediata do registo com todas as informações necessárias, incluindo as relativas a cidadãos estrangeiros e a pessoas colectivas. O SMMP alerta para o facto de actualmente não ser viável aceder ao registo criminal quanto aos antecedentes criminais que os arguidos possam ter noutros países.

O Conselho Superior da Magistratura, instado a pronunciar-se sobre as alterações propostas ao CPP, proferiu parecer⁽¹⁷⁵⁾ no qual considerou, focando-se na alteração do art. 141.º, n.º 3, que a alteração limita os poderes de cognição do juiz de instrução para o habilitar a proferir um juízo mais informado sobre as condições pessoais do arguido, o que pode condicionar a medida de coacção que aquele irá decretar. O parecer salientou as dificuldades sentidas nos tribunais em aceder a boletins de registo criminal actualizados e rigorosos e em tempo útil. O Conselho Superior da Magistratura manifestou, por isso, preferência pelo regime que estabelecia a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais ao abrigo do então vigente art. 141.º, n.º 3, do CPP.

⁽¹⁷³⁾ Ordem dos Advogados, *Parecer de 6 de Julho de 2012*, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>>.

⁽¹⁷⁴⁾ Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *Parecer de 16 de Julho de 2012*.

⁽¹⁷⁵⁾ Conselho Superior da Magistratura, *Parecer de 5 Julho de 2012*, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>>.

Neste ponto, deve atender-se ao facto de, como lembra o Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais no parecer que elaborou, já existir uma rede de acesso aos registos criminais dos Estados-Membros da União Europeia, definida pela Decisão-Quadro 2009/315/JAI, do Conselho, de 26-02, relativa à organização e ao conteúdo do intercâmbio de informações extraídas do registo criminal entre os Estados-Membros e definida pela Decisão 2009/316/JAI, do Conselho, de 06-04, relativa à criação do Sistema Europeu de Informação sobre os Registos Criminais (ECRIS), em aplicação do art. 11.º daquela Decisão-Quadro. Por isso, na óptica do IDPCC da Faculdade de Direito de Lisboa o acesso aos registos criminais pode ser realizado em tempo útil.

1.2. Declarações processuais de testemunhas anteriores ao julgamento

Outra das alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013 consistiu na modificação do art. 356.º. O n.º 3 desta norma passou a prever a reprodução ou leitura de declarações anteriores, pelo que foi assim acrescentada a possibilidade de “reprodução” destas declarações (e, em concordância, também a epígrafe da norma passou a prever a “reprodução”) e procedeu ainda a uma alteração no segmento final, prevendo que as anteriores declarações podem ser reproduzidas ou lidas quando prestadas perante qualquer autoridade judiciária e já não somente perante o juiz, como previa anteriormente o preceito.

O n.º 4 do art. 356.º foi também modificado na parte final, preceituando agora que: “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 duradoira, designadamente se, esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro, não tiver sido possível a sua notificação para comparecimento”.

A versão final da Lei n.º 20/2013 corresponde integralmente à versão apresentada na Proposta n.º 77/XII. Lê-se na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 77/XII que deve ser possibilitada a

leitura ou reprodução das declarações anteriormente prestadas perante o Ministério Público em caso de necessidade de avivamento da memória e no caso de contradições com o depoimento prestado anteriormente, pelo facto de serem residuais os casos em que as testemunhas são efectivamente inquiridas por um juiz nas fases preliminares do processo. Quanto à alteração introduzida no n.º 4 do art. 356.º, a exposição de motivos da Proposta n.º 77/XII refere que o esclarecimento de que a impossibilidade duradoura pode fundar-se na impossibilidade de notificação é importante por ser necessário acautelar os casos de testemunhas que mudaram de residência sem que tal tenha sido comunicado nos autos, pelo que não podem comparecer em audiência de julgamento, não obstante terem sido efectuadas diligências nesse sentido.

O Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais não se pronunciou, no seu parecer, em específico sobre as alterações que a Proposta de Lei n.º 77/XII pretendia introduzir no art. 356.º, mas, referindo-se às alterações propostas em sede de assistência por defensor, afirmou que, atendendo ao regime então vigente à data da elaboração do parecer não seria necessária a intervenção de defensor nos actos de inquirição de testemunhas nas fases de inquérito e instrução, atendendo a que as declarações prestadas pelas testemunhas nestas fases não poderiam ser utilizadas em julgamento para servir como prova para a condenação sem que aquelas testemunhas tivessem comparecido em audiência de julgamento, ficando salvaguardadas as garantias da prestação de depoimento com contraditório e perante juiz. Contudo, o IDPCC salientou que, a alterar-se o regime com os contornos que a Proposta preconizava seria necessário repensar a questão da obrigatoriedade da presença de defensor nos actos de inquirição das testemunhas, sob pena de inconstitucionalidade, tendo em consideração os casos em que o arguido pode ser condenado com base em declarações prestadas por si anteriormente à fase de julgamento (mesmo não sendo declarações confessórias) ou com base em declarações de testemunhas prestadas em fase de inquérito que não foi possível notificar para comparecerem em audiência de julgamento. Seriam estas situações casos em que as declarações são admitidas como prova da condenação sem ter havido imediação, nem contraditório.

Quanto às declarações prestadas pelo arguido o que poderia suceder era que este seria condenado com base em declarações que proferiu num momento em que poderia ainda não conhecer o teor da acusação deduzida contra ele, bem como as provas constantes dos autos.

Germano Marques da Silva, no parecer que elaborou sobre a Proposta n.º 77/XII, não se pronunciou sobre as alterações preconizadas ao art. 356.º.

O Conselho Superior da Magistratura também não se pronunciou sobre a alteração que agora se analisa.

A Ordem dos Advogados, por sua vez, apresentou reservas em relação às alterações apresentadas ao art. 356.º pelas implicações que tais propostas representam ao nível do contraditório. Pelo facto de a proposta ao n.º 4 do art. 356.º permitir que sejam admitidas como prova da condenação declarações prestadas por testemunhas em fase anterior ao julgamento perante um órgão de acusação, possivelmente sem que o declarante seja assistido por defensor e sem possibilidade de exercício do contraditório relativamente à fonte de prova, a Ordem dos Advogados considera inconstitucional a proposta, por violação do art. 32.º, n.º 5, da CRP. A Ordem dos Advogados alerta ainda que a solução proposta para a parte final do n.º 4 do art. 356.º constitui uma solução muito perigosa, já que a defesa não terá maneira de controlar se foram ou não esgotadas as diligências para apurar o paradeiro da testemunha e, além disso, trata-se de algo que se revela muito relativo já que depende do esforço das autoridades para se alcançar esse objectivo.

Relativamente à orientação preconizada pela magistratura do Ministério Público nesta matéria importa referir que no IX Congresso do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público⁽¹⁷⁶⁾ ficou assente a posição desta magistratura no sentido em que “Este regime de utilização e valoração de declarações em julgamento

⁽¹⁷⁶⁾ Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *Conclusões do IX Congresso do SMMP*, 1 a 4 de Março de 2012, Vilamoura. Refira-se que uma das conclusões deste congresso foi a de que deveria ser alterado o regime de recusa de depoimento das testemunhas, previsto no art. 134.º, fazendo valer as declarações anteriormente prestadas ou impedindo a recusa de depoimento das testemunhas que em fases anteriores prestaram declarações, renunciando à faculdade de recusa de depoimento prevista no art. 134.º.

deverá ser alargado também aos depoimentos das testemunhas prestados em fases processuais anteriores ao julgamento, perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal.”

O SMMP vinha já considerando desde algum tempo que a alteração devia ser concretizada, como demonstrou em pareceres⁽¹⁷⁷⁾ anteriores. Esta orientação foi reiterada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público em parecer⁽¹⁷⁸⁾ relativo à Proposta de Lei n.º 77/XII, onde o Sindicato classificou o regime anterior à revisão de 2013 como inadequado. Na perspectiva do Sindicato, os impedimentos de leitura de declarações anteriores de testemunhas não são compreensíveis uma vez que, desde que sejam respeitados os princípios do contraditório e da livre apreciação da prova não deve ser excluída, por princípio, a utilização e valoração da prova produzida em fases anteriores ao julgamento. O SMMP lembrou que existe uma dilação temporal significativa entre a data da ocorrência dos factos objecto do processo e a realização da audiência de julgamento, o que origina a perturbação da memória das testemunhas. Por isso, para o Sindicato é importante preservar os depoimentos prestados em fase anterior ao julgamento que poderão ser mais detalhados e completos, com vantagens para a descoberta da verdade material. Noutros casos, alerta o Sindicato, as testemunhas contradizem-se ou dizem não se recordar dos factos, o que leva a que a sentença seja adequada à prova produzida em audiência de julgamento, mas desconforme com a verdade material, o que gera incompreensão por parte da sociedade. O SMMP refere ainda que sucede com frequência que, após a inquirição nas fases de inquérito ou instrução, perde-se o contacto com as testemunhas e torna-se impossível restabelecer o contacto, apesar de todas as diligências realizadas nesse sentido. Para o SMMP, estes são casos em que, por força do regime então vigente, perde-se todo o material probatório adquirido naquelas fases pro-

⁽¹⁷⁷⁾ Vejam-se os pareceres do SMMP de 21 de Dezembro de 2011 e de 9 de Maio de 2012 ao Projecto de Proposta de Lei apresentado pelo Governo e que preconizava em moldes semelhantes à Proposta de Lei n.º 77/XII uma alteração ao regime das declarações de testemunhas e do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento.

⁽¹⁷⁸⁾ Sindicato dos Magistrados do Ministério Público *Parecer de 16 de Julho de 2012*, disponível em <<http://www.smmp.pt/?p=17149>>.

cessuais, "...o que se traduz em perda de tempo e dinheiro e configura um desrespeito pelo cidadão que pretende colaborar com a realização da Justiça". Na perspectiva do SMMP, sendo preconizada pela Proposta de Lei n.º 77/XII uma alteração no regime do art. 357.º seria ilógico manter as restrições do então vigente art. 356.º, numa clara dissonância sistemática, argumenta o Sindicato, pois no regime das testemunhas é menor a necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais (as testemunhas não têm direito ao silêncio, salvo as excepções previstas na lei e incumbelhes um dever de verdade sobre os depoimentos, nos termos do art. 132.º, n.º 1, alínea b)).

O Sindicato considerou também que o regime preconizado pela Proposta ao art. 356.º não ofende os princípios da imediação e da oralidade, em virtude do regime consagrado no n.º 4 da norma que permite a leitura das declarações anteriores nos casos aí previstos e, por outro lado, pretende-se a possibilidade de leitura das declarações anteriores em audiência e na presença da testemunha a fim de avivar a sua memória ou em caso de contradições, sem que a leitura das declarações possa ser objecto de uma ponderação oportunística, no sentido da autorização da leitura. Em suma, na perspectiva do Sindicato, não ocorre ofensa dos princípios da imediação, oralidade ou contraditório.

O parecer refere ainda que a solução avançada pela Proposta vai de encontro aos regimes consagrados em países como a Alemanha⁽¹⁷⁹⁾, Espanha⁽¹⁸⁰⁾, Itália⁽¹⁸¹⁾, Suíça⁽¹⁸²⁾, Polónia⁽¹⁸³⁾ e Hungria⁽¹⁸⁴⁾ e ao entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do

(179) Na Alemanha o regime das declarações prestadas pelas testemunhas em fase anterior ao julgamento encontra-se regulado no art. 253.º e prevê a possibilidade de leitura de declarações anteriores sempre que uma testemunha ou perito declarar que não se recorda de algum facto ou em caso de contradições entre as declarações prestadas em audiência e as anteriores que não possam ser esclarecidas ou eliminadas sem que a audiência seja interrompida.

(180) Em Espanha a matéria encontra-se regulada nos arts. 714.º e 730.º, sendo permitida a leitura de declarações anteriores sempre que existam divergências entre estas declarações e as prestadas em audiência ou quando, por causas independentes da vontade das partes, não seja possível repetir a inquirição em julgamento.

(181) O art. 500.º da lei italiana admite a leitura de declarações anteriores das testemunhas em caso de contradições entre as declarações prestadas na fase de investigação e

Homem que tem vindo a considerar que podem ser utilizadas as provas recolhidas na fase de instrução, desde que as regras do contraditório tenham sido observadas, no momento da produção da prova ou em audiência de julgamento.

1.3. Declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento

A revisão de 2013 do Código de Processo Penal demarca-se pela alteração do regime plasmado no art. 357.º do CPP. Constitui a mais significativa modificação introduzida pela Lei n.º 20/2013 e tem originado diversas críticas, apesar de ser também muito elogiada por algumas vozes.

O novo art. 357.º passou a prever, no seu n.º 2, que é permitida a reprodução ou leitura em audiência de julgamento das declarações anteriormente prestadas pelo arguido nos casos que tenham sido feitas perante autoridade judiciária, com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto no art. 141.º, n.º 4, alínea *b*). O art. 141.º, n.º 4, alínea *b*), passou a prever que o juiz deve informar o arguido de que em caso de não exercer o seu direito ao silêncio as declarações que prestar podem ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência ou decida não prestar declarações em audiência de jul-

as prestadas em audiência. O art. 512.º permite a leitura de declarações anteriores em caso de falecimento ou desaparecimento das testemunhas.

⁽¹⁸²⁾ A legislação suíça consagra um regime para as declarações do arguido semelhante ao consagrado na lei italiana para as testemunhas, embora permita que o defensor do arguido esteja presente no acto de inquirição.

⁽¹⁸³⁾ Na Polónia, o art. 391.º permite a leitura de declarações anteriores da testemunha prestadas perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal sempre que a testemunha recuse prestar depoimento sem fundamento, altere o testemunho anteriormente prestado, declare já não recordar os factos, resida no estrangeiro, não seja possível a sua notificação, não tenha podido comparecer por algum motivo inultrapassável ou tenha falecido.

⁽¹⁸⁴⁾ Na Hungria, o art. 296.º permite a leitura de declarações anteriormente prestadas pela testemunha perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal quando não for possível a inquirição da testemunha em julgamento ou quando a sua presença em audiência lhe causar dificuldades irrazoáveis em função do estado de saúde.

gamento, ficando as declarações sujeitas à livre apreciação da prova.

O número 3 do art. 357.º prevê que as declarações prestadas pelo arguido em fase anterior à audiência de julgamento e reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do art. 344.º. Esta última norma manteve-se inalterada.

O art. 144.º, n.º 2 do CPP foi também alterado, tendo passado a prever que: “No inquérito, os interrogatórios referidos no número anterior podem ser realizados por órgão de polícia criminal no qual o Ministério Público tenha delegado a sua realização, obedecendo em tudo o que lhe for aplicável, às disposições deste capítulo, excepto quanto ao disposto nas alíneas *b)* e *e)* do n.º 4 do art. 141.º.

Da análise da nova redacção do art. 357.º do CPP resulta uma modificação que inverte na totalidade a lógica do regime anterior. Anteriormente, as declarações prestadas pelo arguido anteriormente à fase de julgamento apenas podiam ser lidas em caso de contradições ou discrepâncias entre as declarações anteriores e as prestadas em audiência, ou se o arguido solicitasse a sua leitura. Tal significativa que bastava o arguido exercer o seu direito ao silêncio em audiência de julgamento para impedir a leitura das declarações anteriores. Esta possibilidade deixou de existir no regime introduzido pela Lei n.º 20/2013.

A exposição de motivos da Proposta n.º 77/XII refere, quanto a esta alteração, que a indisponibilidade de utilização das declarações do arguido prestadas na fase de inquérito ou na instrução tem conduzido a situações geradoras de indignação social e uma incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema judicial. A exposição de motivos realça ainda que “...esta disponibilidade de utilização, para além de só ser possível quanto a declarações prestadas perante autoridade judiciária, é acompanhada da correspondente consolidação das garantias de defesa do arguido enquanto sujeito processual, designadamente quanto aos procedimentos de interrogatório, por forma a assegurar o efetivo exercício desses direitos, *maxime* o direito ao silêncio.”

Resulta da leitura da exposição de motivos que a Proposta pretendia sobretudo aumentar e reforçar o grau de credibilidade

dos cidadãos na Justiça, respondendo a sentimentos colectivos de insatisfação e incompreensão do regime então em vigor. A alteração efectuada ao regime consagrado no art. 357.º vai de encontro à posição que vinha desde algum tempo a sustentar uma necessidade de mudança de regime, sobretudo por parte das magistraturas, mas também por um sector da doutrina.

No IX Congresso do Ministério Público tinha já sido demonstrada esta orientação, tendo ficado assente nas conclusões do congresso⁽¹⁸⁵⁾ que deveria ser permitida a utilização das declarações anteriores do arguido prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal, desde que assistido por defensor e informado das consequências da prestação de declarações “...com vista a uma maior aproximação da verdade processual à verdade material, e consequente credibilização da Justiça...”

Esta era já uma alteração que vinha sendo preconizada há algum tempo, inclusive por um projecto de proposta de lei e apoiada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público em pareceres⁽¹⁸⁶⁾ anteriores. No parecer de 16 de Julho de 2012, o SMMP reiterou os argumentos já expostos anteriormente. Para o Sindicato, o regime anterior permitia que o arguido apresentasse depoimentos díspares ao longo do processo, no que respeita a si mesmo ou a outros suspeitos ou arguidos. Nas palavras do Sindicato “Não há aqui qualquer verdadeiro direito de defesa, mas sim um abuso do mesmo”. Para o SMMP, não há qualquer fundamento para que não possam ser valoradas declarações anteriores do arguido, prestadas na presença de defensor e informado de que as declarações poderão ser utilizadas em audiência de julgamento, embora se compreenda que o que está em causa com esta alteração ao regime é a alteração do paradigma processual penal nesta matéria, com grande impacto ao nível dos direitos de defesa do arguido, designadamente o direito ao silêncio e à não auto-incriminação e os princípios da imediação e da oralidade. Contudo, o Sindicato não considera existir afronta destes princípios, pois as declarações

⁽¹⁸⁵⁾ Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *Conclusões do IX Congresso do SMMP*, 1 a 4 de Março de 2012, Vilamoura.

⁽¹⁸⁶⁾ *Vide*, os pareceres de 21 de Dezembro de 2011 e de 9 de Maio de 2012.

lidas em audiência não devem poder ter efeito confessório dos factos, ficando sujeitas ao princípio da livre apreciação da prova — art. 127.º do CPP, o que exige que o Ministério Público tenha de produzir prova suficiente em audiência de julgamento para provar a culpa do arguido, com recurso a outros meios de prova para além das declarações do arguido e obriga o julgador a analisar toda a prova produzida. Por outro lado, argumenta o Sindicato, os princípios estão salvaguardados porque durante o julgamento as declarações são lidas perante o tribunal e, para além disso, a leitura em audiência das declarações prestadas anteriormente permite que se exerça o contraditório.

O Sindicato dos Magistrados vai mais além e afirma que não há razões para distinguir entre declarações prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgãos de polícia criminal porque o arguido será advertido de que, se prestar declarações, estas poderão ser posteriormente utilizadas contra si e será informado dos factos pelos quais está acusado e das provas existentes, para além de ser assistido por defensor. Para o SMMP não importa tanto “quem interrogou”, mas sim “como interrogou”, o que ficará registado no auto e nas gravações áudio ou vídeo.

O parecer procede ainda a uma análise de Direito Comparado nesta matéria, avançando com o argumento de que noutros sistemas jurídicos é permitida a valoração das declarações anteriores do arguido, de que são exemplo a Alemanha⁽¹⁸⁷⁾, a Itália⁽¹⁸⁸⁾, a Suíça⁽¹⁸⁹⁾, a Polónia⁽¹⁹⁰⁾ e a Hungria⁽¹⁹¹⁾. O parecer invoca também o regime do

(187) O art. 254.º da lei alemã prevê que as declarações anteriores do arguido podem ser lidas com a finalidade de obter provas sobre a confissão ou em caso de contradições entre as declarações anteriores e as prestadas em audiência de julgamento.

(188) Na lei italiana encontra-se prevista a possibilidade de leitura das declarações anteriores mesmo que o arguido recuse prestar declarações ou esteja a ser julgado na ausência (art. 513.º). É também permitida a leitura em caso de contradições entre as declarações anteriores e as prestadas em audiências (art. 503.º, n.º 3). É permitida a leitura das declarações anteriores prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal, desde que o defensor tenha estado presente no acto de inquirição. As declarações anteriores não podem ter efeito confessório, ficando sujeitas a livre apreciação pelo tribunal (art. 192.º).

(189) Na Suíça, as declarações anteriores ao julgamento podem ser lidas desde que o arguido tenha sido assistido por defensor e independentemente de terem sido prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal (arts. 100.º e 343.º).

sistema norte-americano onde é admitida a valoração dos depoimentos prestados anteriormente ao julgamento, mesmo os que detenham carácter confessório, desde que o arguido tenha sido advertido do direito à não auto-incriminação e a aconselhamento legal (*Miranda Rights*). Neste sistema, se o arguido alterar o teor dos depoimentos pode ser sujeito a interrogatório em audiência e ser confrontado com as anteriores declarações, desde que fique provado que o depoimento anterior à audiência foi prestado voluntariamente.

Com base em todos estes argumentos, o Sindicato considerou louvável a alteração preconizada pela Proposta de Lei n.º 77/XII⁽¹⁹²⁾.

O Conselho Superior da Magistratura, no parecer⁽¹⁹³⁾ que emitiu sobre a proposta, reiterou a sua posição já antes afirmada no sentido de a alteração ao art. 357.º ser muito positiva, merecendo total concordância. O CSM invocou, à semelhança do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, os sentimentos colectivos da sociedade que não compreende a razão pelas quais as anteriores declarações do arguido não possam ser valoradas em audiência de julgamento, o que gera indignação e incompreensão por parte da opinião pública. O CSM considerou igualmente que deve ser permitida a valoração das declarações anteriores, mesmo tendo sido prestadas perante o Ministério Público.

As alterações ao regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento eram igualmente defendidas por autores como António João Latas⁽¹⁹⁴⁾ que propugnavam a possibi-

⁽¹⁹⁰⁾ O art. 389.º, § 1 s, lei polaca permite a leitura de declarações anteriores se houver divergência com as declarações prestadas em audiência, se o arguido revelar falta de memória, independentemente de o arguido ter sido ou não assistido por defensor.

⁽¹⁹¹⁾ Na Hungria, o art. 291.º permite a leitura de declarações anteriores quer o arguido recuse prestar declarações, quer apresente divergências nos depoimentos prestados nas diferentes fases processuais, quer em caso de julgamento na ausência.

⁽¹⁹²⁾ Mencione-se que o SMMP alertou para a necessidade de ser estabelecida uma norma transitória que permitisse a aplicação do regime do art. 357.º consagrado pela Lei n.º 48/2007 nos casos em que o arguido já tivesse sido interrogado.

⁽¹⁹³⁾ Conselho Superior da Magistratura, *Parecer de 5 Julho de 2012*, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>>.

⁽¹⁹⁴⁾ ANTÓNIO JOÃO LATAS [et. al.], *Mudar a Justiça Penal — Linhas de reforma*

lidade de leitura daquelas declarações também com o argumento de que o sistema então vigente proporcionava sentimentos de incompreensão na opinião pública e descrédibilização dos cidadãos na Justiça e que tal permissão de leitura não ofendia os princípios da imediação, oralidade e contraditoriedade, nem o direito ao silêncio do arguido. A leitura das anteriores declarações seria admissível desde que as declarações tivessem sido prestadas perante um juiz, o arguido tivesse sido advertido de que as declarações prestadas podiam ser utilizadas em audiência, mesmo que exerça o direito ao silêncio e as declarações anteriores tivessem sido gravadas em áudio e vídeo (pelo menos, em regra), sob pena de existir uma proibição de prova em caso de incumprimento destes requisitos⁽¹⁹⁵⁾.

A ASJP, em parecer⁽¹⁹⁶⁾, discordou da possibilidade de serem lidas e valoradas declarações anteriormente prestadas pelo arguido perante o Ministério Público. A ASJP lembrou que ao MP cabe a direcção do inquérito e que, não obstante o seu dever de objectividade, não pode deixar de se envolver na dedução da acusação, o que não é compatível com a prestação de declarações do arguido perante o MP que serão posteriormente utilizadas em julgamento, pelo que só o juiz poderá garantir a isenção e a imparcialidade necessárias neste domínio.

Como se pode constatar, um sector da doutrina, assim como as magistraturas concordam, genericamente e com excepção de aspectos particulares, com as alterações introduzidas ao regime do art. 357.º no sentido de ser admitida a utilização em julgamento das declarações anteriormente prestadas pelo arguido.

do processo penal português, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 96 e ss. As propostas apresentadas nesta obra foram o resultado do estudo apresentado pelo Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais (GEOT), coordenado por ANTÓNIO JOÃO LATAS e apresentado em Outubro de 2011, onde o grupo de trabalho apresentou várias linhas de reforma do processo penal, de entre quais a alteração do regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento.

⁽¹⁹⁵⁾ *Idem*, p. 116.

⁽¹⁹⁶⁾ Associação Sindical dos Juizes Portugueses, *Parecer de Abril de 2012*, disponível em <<http://www.asjp.pt/2012/05/04/parecer-do-geot-alteracoes-ao-codigo-penal-ao-codigo-de-processo-penal-e-ao-codigo-de-execucao-de-penas-maio-2012/>>.

Porém, esta alteração não é aplaudida por todos os sectores. A Ordem dos Advogados⁽¹⁹⁷⁾ lembra que não há estudos empíricos que atestem a eficácia ou ineficácia das soluções consagradas no então vigente regime de intransmissibilidade probatória das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento e das soluções avançadas para o novo regime. A Ordem dos Advogados afirma também: “...receamos que as alterações em curso sejam antes o resultado das intuições de alguns juristas e de alguns políticos inspirados por algum populismo em matéria de combate ao crime que parece ter-se apoderado da sociedade portuguesa ou pelo menos dos meios de comunicação social.” Para a Ordem dos Advogados, a transmissibilidade das declarações anteriores ao julgamento ofende os princípios da imediação e da oralidade, quer as declarações tenham sido prestadas perante juiz ou perante o Ministério Público. Doutro modo, sendo as declarações do arguido essencialmente um meio de defesa só devem ser prestadas quando o arguido tenha conhecimento integral dos factos que lhe são imputados e das provas que sustentam a imputação, pelo que para a Ordem a alteração preconizada transforma as declarações do arguido em meio de prova. A Ordem salienta que as alterações propostas vão contra a sensibilidade à dimensão adversarial na produção da prova que tem vindo a acentuar-se, centrada no contraditório e no contra-interrogatório. Para além disso, a Ordem considera que as alterações ao regime do art. 357.º limitam profundamente o direito ao silêncio do arguido ao prever-se que o exercício do direito ao silêncio pelo arguido não terá mais o poder de impedir a leitura e valoração das declarações anteriores. A Ordem dos Advogados considera mesmo que a solução preconizada é inconstitucional por violação do art. 32.º, n.º 1, da CRP, ao permitir a leitura das declarações anteriores quando o arguido decide exercer o direito ao silêncio em audiência de julgamento, verificando-se também uma violação do art. 14.º, n.º 3, alínea g), do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos.

(197) Ordem dos Advogados, *Parecer de 6 de Julho de 2012*, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>>.

A Ordem dos Advogados chama a atenção para o problema das declarações prestadas por um co-arguido em prejuízo de outro (art. 345.º, n.º 4), afirmando que o que poderá suceder é que o co-arguido não se recusa a responder às perguntas e são admitidas as declarações por ele prestadas anteriormente. Por isso, a Ordem dos Advogados é peremptória em afirmar que nunca devem ser admitidas as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro, quando o primeiro se recusar a responder às perguntas que lhe são dirigidas.

Por fim, a Ordem dos Advogados evidencia um conjunto de problemas de ordem prática suscitados a propósito da alteração do regime. Um deles está relacionado com a necessidade de que existam garantias práticas de que a assistência por defensor seja efectiva e o exercício do direito ao silêncio não provoque prejuízos para o arguido, o que exige uma especial preparação da defesa, um problema particularmente acentuado ao nível das defesas oficiosas e com a nomeação de defensor de escala quando o arguido presta declarações em primeiro interrogatório em situação de detenção. Por outro lado, seria necessário que o defensor conhecesse os factos imputados ao arguido para estabelecer a estratégia de defesa, o que é de muito difícil realização prática. É também uma necessidade premente que o exercício do direito ao silêncio seja efectivo, o que não é compatível, de acordo com a Ordem dos Advogados, com as práticas frequentes realizadas pelo Juiz de Instrução e pelo MP nos interrogatórios, pois sucede com frequência que os arguidos, quando afirmam a sua opção pelo silêncio, sofrem ameaças, por vezes expressas (“se não quer defender-se então vou dar como válidos os indícios e indiciados os factos”). A Ordem considera estarmos perante uma contradição insanável com o disposto no art. 343.º, n.º 1, do CPP, porque sucede que com o novo regime o arguido, apesar de ser informado de que o silêncio não poderá desfavorecê-lo acaba por ser prejudicado por optar por exercê-lo. Pelo conjunto de argumentos apresentados, a Ordem dos Advogados considerou a alteração presente na Proposta de Lei n.º 77/XII um grave retrocesso em termos de garantias de defesa⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ Note-se que também a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, *Parecer de 10 de Julho de 2012*, disponível em <<http://www.par>

Germano Marques da Silva, no parecer⁽¹⁹⁹⁾ que elaborou, pronunciou-se com as mesmas críticas e os mesmos argumentos relativamente aos apresentados no parecer da Ordem dos Advogados.

Uma nota para referir as orientações acerca desta matéria no seio do Fórum Penal — Associação de Advogados Penalistas⁽²⁰⁰⁾. Para alguns juristas do Fórum, a alteração do regime é aceitável desde que a derrogação ao princípio da imediação seja acompanhada do estabelecimento de um conjunto de medidas que passam por garantir que a realização do interrogatório pelas autoridades judiciárias tem de ser balizado por uma rigorosa delimitação dos factos que se consideram indiciados nos autos, com indicação da prova que os sustenta, sendo que esse elenco factual terá de constar de auto lavrado. Por outro lado, ao arguido e ao seu defensor deve ser permitido um acesso irrestrito e oportuno aos meios de prova que a autoridade judiciária afirma existirem no processo. Para este sector, as declarações do arguido deverão ainda ser alvo de registo, pelo menos em suporte áudio.

Para outro sector do Fórum Penal, o regime proposto para as declarações anteriores do arguido é inaceitável pelo facto de considerarem que a alteração implica a atribuição de um carácter de meio de prova às declarações do arguido, quando na verdade estas constituem essencialmente um meio de defesa e porque, ao nível da suposta eficácia alcançada com o novo regime, duvida-se do alcance de tal objectivo, pois os arguidos tenderão a exercer o seu direito ao silêncio nos interrogatórios, com todos os prejuízos consequentes para a investigação criminal. Doutro modo, a medida é considerada, por alguns juristas, como inconstitucional, por viola-

lamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>, considerou que a alteração proposta para o art. 357.º implicava uma restrição do direito de defesa do arguido, atendendo a que no decurso do inquérito o objecto do processo encontra-se ainda em definição, pelo que as declarações do arguido reportam-se apenas a uma realidade parcial.

⁽¹⁹⁹⁾ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas breves sobre as propostas e os projectos de alteração das leis penais”, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93762>>.

⁽²⁰⁰⁾ Veja-se o comentário do Fórum Penal, de 11-07-2012, em <<http://carlospinto.deabreu.com/pt/text-5-59-conheca-a-tomada-de-posicao-do-forum-penal>>.

ção do art. 32.º, n.º 1, da CRP, por condicionar a estratégia da defesa, já que o arguido pode ter interesse em prestar declarações numa fase inicial (por exemplo, devido à possível aplicação de medidas de coacção) e ter interesse, por razões válidas, a permanecer em silêncio em audiência de julgamento.

A Proposta de Lei n.º 77/XII, no que concerne ao regime proposto para o art. 357.º, foi também alvo de intensa crítica por parte dos docentes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Em artigo publicado sobre a matéria⁽²⁰¹⁾, Paulo Sousa Mendes considera que a alteração proposta representa uma verdadeira subversão da estrutura acusatória em que assenta o Processo Penal português. Para Paulo Sousa Mendes, a alteração em causa significa o retorno ao perfil da prova no processo penal português antigo, presente nas Reformas de 1832, 1837 e 1841, nas quais a fase da Instrução, em caso de pronúncia, podia ser posteriormente utilizada no julgamento e a prova produzida em audiência de julgamento era meramente complementar. Paulo Sousa Mendes evoca ainda o processo penal do Código do Estado Novo (CPP de 1929) que reforçou a direcção judicial da investigação e até permitiu a cumulação no mesmo magistrado das funções instrutórias e da direcção do julgamento. O autor realça o facto de a solução em vigor antes da Revisão de 2013 estar justificada pela circunstância de as provas repetíveis não poderem ser valoradas no julgamento porque quando são realizadas numa fase inquisitória do processo não existe a garantia do contraditório, carecendo de ser renovadas ou produzidas em audiência de julgamento, perante o juiz, que deve poder formar a sua convicção independentemente da investigação criminal e perante a acusação e a defesa, que devem estar em situação de igualdade de armas⁽²⁰²⁾. Por isso, para Paulo Sousa Mendes a alteração que a Proposta continha e que efectivamente foi concretizada coloca em crise a estrutura acusatória do processo penal e ameaça os princípios do contraditório, da igualdade de armas, da

⁽²⁰¹⁾ PAULO SOUSA MENDES, “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1365-1389.

⁽²⁰²⁾ *Idem*, p. 1379.

oralidade e da imediação⁽²⁰³⁾. Por outro lado, o autor considera que o sacrifício destes princípios não redundará em maior eficácia, pelo contrário, poderá desencadear a reacção do arguido de anteciper o silêncio para uma fase anterior ao julgamento, o que irá prejudicar a investigação criminal⁽²⁰⁴⁾. Para além de todas estas consequências, Paulo Sousa Mendes alerta ainda para a circunstância de o arguido poder ficar limitado nas suas garantias de defesa, pois sabe que tudo o que declarar poderá ser usado contra si, o que redundará numa restrição do direito de audiência e defesa razão, aliás, pela qual foram previstos os interrogatórios anteriores ao julgamento⁽²⁰⁵⁾.

Para o autor, esta alteração compromete igualmente a orientação do MP para a realização de acordos sobre a sentença⁽²⁰⁶⁾. A transmissibilidade das declarações anteriores do arguido será “...uma mensagem de sinal contrário aos acordos sobre a sentença penal e dificilmente ambos poderão conviver no âmbito do mesmo sistema processual penal, pois as vantagens das soluções negociadas para o arguido são contrariadas pelos riscos inerentes a qualquer declaração confessional...”

Os argumentos que sustentam a visão apresentada por Paulo Sousa Mendes foram seguidos no parecer elaborado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa⁽²⁰⁷⁾ e no parecer de Fernanda Palma⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰³⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁴⁾ O mesmo argumento é avançado por JOÃO MATOS VIANA, “O valor da confissão”, *Advocatus*, n.º 26, (Maio de 2012), p. 28, que também chama a atenção para o facto de a alteração preconizada implicar o aproveitamento das declarações anteriores prestadas num momento em que o objecto do processo ainda não está definido e ainda por TIAGO RODRIGUES BASTOS, “Vícios de uma reforma”, *Advocatus*, n.º 26, (Maio de 2012), pp. 1-7.

⁽²⁰⁵⁾ *Idem*, pp. 1379 e 1380.

⁽²⁰⁶⁾ Orientação n.º 1/2002, Procuradoria-Geral Distrital junto do Tribunal da Relação de Lisboa.

⁽²⁰⁷⁾ Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, “Consulta”, 2012, disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>>.

⁽²⁰⁸⁾ FERNANDA PALMA, “Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal” (parecer), disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>>.

Por considerar estar em causa uma autêntica subversão da estrutura acusatória do processo penal português que viola o art. 32.º, n.º 5, da CRP, Paulo Sousa Mendes propõe um regime estabelecido em moldes semelhantes ao Direito Italiano nesta matéria⁽²⁰⁹⁾. No Direito Italiano, vigora o princípio do modelo acusatório em que as fases anteriores ao julgamento são constituídas por uma investigação desprovida de relevo para efeitos decisórios⁽²¹⁰⁾. Neste sistema, encontra-se consagrada uma separação dos autos destinados ao julgamento (*fascicolo per il dibattimento*), nos termos do art. 431.º do CPPI, dos autos do Ministério Público (*fascicolo del pubblico ministero*, art. 433.º do CPPI)⁽²¹¹⁾. O *fascicolo per il dibattimento* constitui o fascículo para a audiência de julgamento que contém os autos dos actos não repetíveis realizados pela polícia, pelo MP e pelo defensor, assim como os autos das diligências para memória futura. Os autos não repetíveis podem ser revistas, buscas, apreensões e escutas telefônicas.

O *fascicolo del pubblico ministero* contém os autos das diligências realizadas pelo Ministério Público, pela polícia ou pelo defensor durante as investigações preliminares (*indagini preliminari*), sendo que são autos realizadas sem contraditório e repetíveis que servem para confronto do depoente com o seu anterior depoimento, com o objectivo de testar a credibilidade do depoente. Este sistema constitui a concretização do princípio da separação funcional das fases processuais, já que assegura o princípio segundo o qual a convicção do juiz para a decisão é formada apenas com base na prova adquirida na audiência de julgamento⁽²¹²⁾, pelo que a lei-

(209) Veja-se FABIO MARIA GRIFANTINI, “Utilizabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori”, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale* (org. PAOLO FERRUA, FABIO MARIA GRIFANTINI, GIULIO ILLUMINATI e RENZO ORLANDI), Turim, G. Giappichelli, 1999, pp. 119-189.

(210) Sobre o modelo acusatório italiano veja-se GIULIO ILLUMINATI, “El sistema acusatorio en Italia”, in AA.VV., *Proceso Penal y sistemas acusatorios*, (org. LORENA BACHMAIER WINTER), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 135-160.

(211) Sobre os dois tipos de autos vide PATRIZIA CAPUTO, “Fascicolo”, *Digesto delle discipline penalistiche*, tomo V, Turim, UTET, 1991, pp. 135-137 e SERGIO FIFI, “Fascicoli processuali”, *Digesto delle discipline penalistiche — Aggiornamento*, tomo II, Turim, UTET, 2005, pp. 505-518.

(212) Relativamente a esta matéria veja-se GIOVANNI CONSO/VITTORIO GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Pádua, CEDAM, 2005, pp. 1537 e ss.

tura dos actos contidos no *fascicolo per il dibattimento* é sempre permitida (art. 511.º do CPPI)⁽²¹³⁾.

2. Apreciação global

A Revisão de 2013 demarca-se por atender a sentimentos colectivos de indignação e incompreensão do sistema judicial, mormente no que respeita à impossibilidade, verificada no regime anterior, de utilizar as declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento sempre que aquele decidisse permanecer em silêncio em audiência de julgamento.

Fernanda Palma⁽²¹⁴⁾ alerta para o facto de a Proposta de Lei n.º 77/XII, assim como as restantes propostas apresentadas concomitantemente, por exemplo, ao Código Penal, não terem na sua génese elementos empíricos que demonstrem, inclusive com dados estatísticos, quais os pontos de tensão no funcionamento do sistema penal, o que seria de grande importância para avaliar a pertinência das soluções preconizadas.

No que diz respeito às alterações em matéria de antecedentes criminais, sobre as quais já nos pronunciámos, não se encontram objecções às soluções encontradas, o que se deve a um entendimento prévio, já consensual no seio da doutrina, no sentido de que o regime devia ser alterado, fundamentalmente por atentar contra o princípio *nemo tenetur*.

Ao nível das declarações processuais das testemunhas anteriores ao julgamento, matéria sujeita a alterações pela Lei n.º 20/2013, cremos que o problema que se coloca, ao nível da nova redacção do n.º 4 do art. 356.º, centra-se na possibilidade de exercício do contraditório por parte do arguido que assim poderá ver tal

⁽²¹³⁾ Sobre a leitura em audiência de actos irrepetíveis no âmbito do art. 511.º do CPPI pode ver-se MARIO, BAZZANI, “Art. 511.º C.P.P.: Lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili. Profili epistemologici e normativi”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, A, 44, fasc. 3, (Jul.-Set.), 2001, pp. 764-786.

⁽²¹⁴⁾ FERNANDA PALMA, “Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal” (parecer), disponível em <<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>>.

possibilidade afastada em caso de se verificar alguma das situações elencadas no preceito. Como nota Paulo Dá Mesquita⁽²¹⁵⁾ o problema da utilização de declarações anteriores ao julgamento deve ser reequacionado em função das exigências do contraditório, particularmente nos casos em que a defesa fica impedida de proceder à contra-inquirição da fonte de prova, ainda que antecipada ou diferida. Contudo, atendendo a que estamos perante situações excepcionais ditadas por uma impossibilidade absoluta da testemunha comparecer em audiência de julgamento, propendemos a aceitar as modificações introduzidas. Ainda assim, acompanhamos o parecer da Ordem dos Advogados quando considera muito perigosa a solução avançada para os casos de impossibilidade duradoura das testemunhas, por terem sido realizadas diligências sem, contudo, conseguir fazer comparecer a testemunha em audiência de julgamento, por ser muito difícil para a defesa controlar se de facto foram realizadas todas as diligências necessárias para apurar o paradeiro da testemunha e por ser algo muito relativo porque dependerá do esforço das autoridades.

Mais reservas suscitam, contudo, as alterações ao art. 357.º do CPP. Muito aplaudida por um sector, mas muito criticada por outros, o facto é que a alteração neste âmbito assume contornos muito significativos em termos de impacto na estrutura do processo penal e nos seus princípios enformadores. Cremos que a alteração concretizada através da Lei n.º 20/2013 conduz a uma questão essencial que é a de saber quais as razões pelas quais no regime da Lei n.º 48/2007 se impedia a transmissibilidade probatória das declarações anteriores do arguido e o que se pode retirar da análise do art. 355.º do CPP que estabelece a regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento. A matéria implica igualmente uma leitura dos preceitos constitucionais directamente relacionados com esta temática.

Da análise do regime anterior constata-se que o sistema é conformado, em matéria de declarações anteriores ao julgamento, pelos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório,

(215) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 673.

decorrência da estrutura acusatória do processo penal português (art. 32.º, n.º 5 da CRP). Como afirma Paulo Dá Mesquita⁽²¹⁶⁾, o estabelecimento das regras gerais "...revela uma opção global de tentativa de equilíbrio, muitas vezes próxima do equilíbrio, dos princípios da investigação, imediação e contraditório, daí também a referida regra geral de transmissão informativa dos autos". Para além disso, o regime é também conformado pelos direitos de defesa do arguido e, principalmente, o direito ao silêncio e à não auto-incriminação. Como refere Paulo Dá Mesquita⁽²¹⁷⁾ e os pareceres da Ordem dos Advogados e de Germano Marques da Silva, nesta matéria há a ponderar a protecção da dignidade da pessoa humana, a prerrogativa contra a auto-incriminação, a privacidade e os princípios gerais da lealdade e da responsabilidade. Sendo estes os princípios e direitos que conformam o regime⁽²¹⁸⁾, enunciados pela regra geral prevista no art. 355.º e delimitados nas excepções previstas nos arts. 356.º e 357.º e constituindo uma decorrência da estrutura acusatória enunciada no art. 32.º, n.º 5, da CRP verifica-se que o novo regime consagrado no art. 357.º atenta contra os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório, sendo inconstitucional por violação do art. 32.º, n.º 5, da CRP. Note-se que o art. 355.º permaneceu inalterado com a Revisão de 2013. E não poderia deixar de ser assim, se atendermos a que da estrutura acusatória decorre a necessidade de assegurar aqueles princípios. Como nota Damião da Cunha⁽²¹⁹⁾, a antecipação da prova não é um procedimento natural a um processo de estrutura acusatória e toda e qualquer derrogação aos princípios da imediação, da oralidade e

⁽²¹⁶⁾ PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 597, nota 264.

⁽²¹⁷⁾ *Idem*, p. 672.

⁽²¹⁸⁾ A utilização de declarações confessórias levou PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1003, a considerar que o julgamento que beneficia do que o arguido disse pode apresentar vícios, como sejam a investigação insuficiente da personalidade do arguido, não ponderação de mudanças no depoimento e omissão da recolha de prova que consubstancie a confissão do arguido. Constituem vícios que, para o autor, conformam o direito à não auto-incriminação e significam que a protecção do arguido contra o que disse voluntariamente constitui uma medida preventiva contra as deficiências do processo inferencial do tribunal.

⁽²¹⁹⁾ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 410.

da contraditoriedade só pode ser afirmada como excepção, justificada por um determinado circunstancialismo (no qual deva intervir um outro valor ou princípio conflituante) e regulada segundo um princípio de concordância prática⁽²²⁰⁾.

Uma importante nota importa tomar relativamente à aplicação do direito à não auto-incriminação nesta sede. A alteração que mais se destaca no âmbito do art. 357.º e que está directamente relacionada com o direito à não auto-incriminação resulta da circunstância de o exercício do direito ao silêncio por parte do arguido em audiência de julgamento não ter agora o alcance de impedir a leitura e consequente valoração das declarações anteriormente prestadas. Ora, o que importa ressaltar é que em caso algum o direito ao silêncio do arguido em audiência de julgamento tem a capacidade de neutralizar a utilização de declarações anteriores. Por um lado, o exercício do direito ao silêncio pelo arguido num determinado momento processual não apaga declarações anteriores e, por outro lado, o exercício daquele direito não retroage a momentos anteriores, ou seja, a decisão de não prestar declarações é válida em cada momento processual e não tem repercussão sobre momentos processuais anteriores. O que o direito à não auto-incriminação impede é a valoração em audiência de julgamento de declarações prestadas numa fase processual em que o objecto do processo não está delimitado e, como tal, ainda não estão concretamente definidos os factos pelos quais o arguido está acusado e as provas contra ele existentes. O direito à não auto-incriminação implica também que não possam ser valoradas em audiência de julgamento declarações prestadas numa fase processual em que o arguido está sob a iminência de lhe ver aplicada uma medida de coacção e, portanto, impende sobre ele uma maior pressão para colaborar com a Justiça, o que pode retirar liberdade e voluntariedade sobre as declarações que presta. A valoração das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento é ainda mais grave nos casos em que a assistência de defensor não foi efectiva como nas situações, para as quais alertam os pareceres da Ordem dos Advogados e de Germano Marques da

⁽²²⁰⁾ *Idem*, p. 406.

Silva, em que são nomeados defensores oficiosos a escassos minutos da realização do interrogatório, uma ilustração exemplificativa de casos em que a defesa não é efectiva. O direito à não auto-incriminação implica, em suma, que as declarações prestadas pelo arguido sejam livres, voluntárias e esclarecidas (esta última característica implica que o objecto do processo esteja rigorosamente delimitado). Por outro lado, a garantia contra a auto-incriminação será reforçada se existir uma assistência de defensor efectiva.

Por estes motivos, consideramos que o novo regime plasmado no art. 357.º atenta contra o direito à não auto-incriminação do arguido.

A Revisão de 2013 justifica a modificação introduzida no art. 357.º por se orientar por motivos de eficácia. Todavia, como notam alguns críticos da revisão, a que acima fizemos referência, o novo regime tenderá a levar o arguido a antecipar a estratégia do silêncio para fases anteriores ao julgamento, com prejuízos evidentes para a investigação criminal. Mas mesmo que se constatasse que a modificação do regime resultaria em maior eficácia, cremos que não é em nome deste imperativo que se justifica a ofensa a princípios basilares da estrutura acusatória do processo penal. Como é afirmado no parecer da Ordem dos Advogados: “...é em nome da eficácia no combate ao crime que ao longo da História se têm cometido os mais graves atentados aos direitos humanos”. A ineficácia da investigação criminal e as falhas do processo não podem ter como consequência a subversão da estrutura acusatória do sistema processual penal. Como afirma Fernanda Palma⁽²²¹⁾ “o fracasso da prevenção criminal e da investigação criminal não podem ter como substituto um Processo Penal inquisitorial...”

⁽²²¹⁾ FERNANDA PALMA, “O problema penal do processo penal”, AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. científica: MARIA FERNANDA PALMA), Coimbra, Almedina, 2004, p. 53.

CONCLUSÃO

A matéria das declarações prestadas anteriormente à fase do julgamento é indissociável da estrutura acusatória em que assenta o processo penal português. Como consequência, o art. 355.º do CPP estabelece como regra geral que não valem em julgamento, designadamente para a formação da convicção do tribunal quaisquer provas que não tiverem sido reproduzidas ou examinadas em audiência. Valem com particular destaque nesta matéria os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório. Como tal, o regime previsto nos arts. 356.º e 357.º do CPP apresenta carácter excepcional, apenas justificado por circunstâncias estritamente previstas na lei. O momento decisivo e primordial para a produção da prova é a audiência de julgamento.

A matéria do depoimento indirecto, prevista no art. 129.º do CPP coloca em causa, perante a consagração do direito ao silêncio do arguido, a questão de saber se deve admitir-se o depoimento de ouvir-dizer quando a fonte é o arguido. cremos que a atribuição do direito ao silêncio ao arguido impede que este constitua a fonte de ouvir-dizer. Se, nos termos gerais, o arguido está impedido de depor como testemunha, não seria aceitável atribuir-lhe esta qualidade para que constituísse a testemunha-fonte, com todas as consequências que a atribuição dessa qualidade implicaria para o arguido.

O fundamento para a existência de um depoimento de os arguidos e os co-arguidos deporem como testemunhas, nos termos do art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), é também uma decorrência da tutela da liberdade da declaração do arguido, uma tutela ainda mais acentuada no regime das declarações processuais do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento (art. 357.º) previsto antes da Revisão de 2013, já que por via do exercício do direito ao silêncio em audiência o arguido impedia a utilização das declarações prestadas anteriormente. Com efeito, neste regime ressaltam a protecção do direito à não auto-incriminação do arguido e, em particular, o respectivo direito ao silêncio e a garantia da imunidade do juiz relativamente ao conhecimento das declarações anteriores ao julgamento. Como nota parte da doutrina, neste regime destacam-se a

garantia da voluntariedade das declarações do arguido, cujo núcleo se reporta aos direitos à assistência de defensor e ao direito ao silêncio.

A matéria das declarações anteriores ao julgamento encontra o seu lugar na Convenção Europeia dos Direitos do Homem no art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), que prevê o direito do arguido interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação. O TEDH considera que em matéria de declarações processuais de testemunhas anteriores ao julgamento são admissíveis como prova da acusação testemunhos cuja produção não obedeceu a um contraditório adequado, desde que exista indisponibilidade da fonte de prova para depor em audiência ou estejam em causa valores concorrentes. Contudo, para ser admitida a valoração das declarações anteriores nestes casos é ainda necessário que essas declarações não tenham sido decisivas na condenação. Em sentido concordante, no que diz respeito às declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, o TEDH considera que nada obsta a que essas declarações possam ser valoradas, desde que tenham sido respeitadas garantias essenciais, neste caso, a garantia contra a auto-incriminação e a assistência de defensor. Por isso, o exercício do direito ao silêncio pelo arguido em audiência de julgamento não impossibilita a valoração das suas declarações anteriores, pelo que não há um direito genérico ao apagamento do que foi dito em fases preliminares do processo. Sempre que o arguido teve a possibilidade de contribuir com a sua versão dos factos e desde que respeitadas as suas garantias essenciais, não é exigível que tenha de manifestar sempre a sua vontade de prestar declarações em todas as fases para que se possa recorrer à valoração de declarações anteriores.

O TEDH tem reiterado, em várias decisões, que a função do tribunal consiste em pesquisar se o processo analisado no seu conjunto, incluindo o modo de apresentação e avaliação das provas, revestiu um carácter equitativo.

A recente Revisão do Código de Processo Penal de 2013, introduzida pela Lei n.º 20/2013, orientou-se por tentar corresponder a sentimentos colectivos, procurando reforçar a credibilidade dos cidadãos na Justiça e dotar o sistema judicial de maior eficácia. Mas a Revisão de 2013 não tem na sua génese a constatação, atra-

vés de elementos empíricos e com recurso, por exemplo, a dados estatísticos, de quais as principais falhas no funcionamento do processo penal e dos pontos carecidos de revisão.

Por outro lado, lembramos o Direito não se pode orientar por sentimentos colectivos de insatisfação que mais não são o resultado, por vezes, de incompreensão do sistema judicial e dos fundamentos dos regimes aplicáveis.

Ao invés de proceder a alterações meramente pontuais, a Revisão de 2013 contém alterações de grande repercussão que obrigam a uma reflexão sobre as garantias e os princípios enformadores do processo penal português. Não admira, por isso, que as críticas tenham surgido em diferentes sectores, não obstante outras vozes aplaudirem as alterações preconizadas.

No que concerne à eliminação de o arguido ter de prestar declarações sobre os seus antecedentes criminais, a alteração efectuada pela Revisão de 2013 concretiza a necessidade de salvaguardar o princípio *nemo tenetur*, tendo sido louvada pela generalidade dos críticos da Revisão.

Relativamente às alterações em matéria de declarações anteriores de testemunhas, a nova redacção do n.º 4 do art. 356.º coloca principalmente problemas ao nível da possibilidade de exercício do contraditório.

Uma das alterações mais significativas introduzidas pela Lei n.º 20/2013 incidiu na matéria relativa às declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, um regime que se destaca por já não permitir que o exercício do direito ao silêncio pelo arguido em audiência de julgamento impeça a leitura e valoração das declarações prestadas em fases anteriores. A modificação introduzida no art. 357.º apresenta um longo alcance com implicações ao nível das garantias de defesa do arguido e dos princípios enformadores do processo penal. Pelo facto de o novo regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento vertido no art. 357.º afectar substancialmente o direito à não auto-incriminação do arguido e atentar contra a própria estrutura acusatória enunciada no art. 32.º, n.º 5, da CRP e os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório, consideramos que a matéria deveria ser repensada à luz destas exigências, constitucionalmente impostas.