



Universidades Lusíada

Gomes, Diana Filipa dos Santos

O conhecimento probatório do co-arguido em processo penal

<http://hdl.handle.net/11067/2931>

Metadados

Data de Publicação

2011

Resumo

A prova constitui um dos temas mais amplos, mais complexos e mais sensíveis do Processo Penal. A análise do material probatório, ao longo do processo, encontra-se amparada por princípios estruturantes do Processo Penal. São estes que definem e caracterizam, indubitavelmente, um Estado de Direito Democrático. Dos vários meios de prova previstos na lei, o nosso estudo incide sobre as declarações do co-arguido. Muito embora não exista nenhuma disposição normativa atinente às declarações de co-arg...

The evidence is one of the widest, complex and sensible subjects of the criminal procedure. The evidence facts analysis throughout the process is supported by structure facts of the criminal proceeding. These are the ones that define a democratic rule-of-law state. There are many evidence methods provided in the law, but our case will focus on the codefendants statements. Even if there is no article related to the co-defendants' statements, we consider that an extended and detailed interpretat...

Palavras Chave

Direito, Direito penal, Prova, Processo penal, Direito processual penal, Teoria do direito, Presunção de inocência, In Dubio Pro Reo, Estatuto do arguido, Direitos e deveres do arguido, Co-arguido, Prova testemunhal, Testemunha

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-05-17T10:47:16Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**O CONHECIMENTO PROBATÓRIO DO CO-ARGUIDO EM
PROCESSO PENAL**

Diana Filipa Dos Santos Gomes

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor Mário Ferreira Monte

Porto 2011

AGRADECIMENTOS

Um especial agradecimento ao meu Orientador, o Professor Doutor Mário Ferreira Monte, pela sua disponibilidade e incentivo.

Agradeço de igual modo ao Professor Doutor Fernando Torrão, que fez renascer em mim o gosto pelas Ciências Jurídico-Criminais.

À minha mãe e ao meu avô a quem tudo devo.

Ao Nuno, pela sua constante dedicação.

Ao João, pela paciência e pela prontidão que sempre me disponibilizou.

ÍNDICE

Capítulo I – Princípios subjacentes ao Processo Penal

1– O Princípio da Presunção de Inocência	
1.1– Considerações gerais atinentes ao conteúdo do Princípio da Presunção de Inocência.....	4
1.2– A questão dos pré-juízos, consubstanciados na compreensão da decisão judicial, formulados pela entidade julgadora: consequências.....	17
1.3 – O Princípio da Presunção de Inocência na fase de julgamento	
1.3.1 – Actos preliminares da audiência: saneamento do processo.....	20
2- O Princípio In Dubio Pro Reo	
2.1 – Considerações iniciais.....	25
2.2 – Enquadramento.....	26
2.3 – Âmbito objectivo e âmbito subjectivo.....	28
3 – O Princípio da Verdade Material ou da Investigação	
3.1 – Enquadramento.....	29
3.2 – Âmbito de aplicação.....	31
3.3 – Excepções ao Princípio da Investigação.....	33
3.4 – Consequências resultantes da violação do Princípio da Investigação..	34
3.5 – A Verdade Processual.....	35

Capítulo II – O estatuto do arguido

1– Considerações iniciais.....	38
2 – Enquadramento.....	39
3 – Aquisição da qualidade de arguido	
3.1 – Qualidade de arguido.....	40
3.2 – Cessaçã da qualidade de arguido.....	45
4 – Constituiçã de arguido.....	46
5 – O iter da constituiçã de arguido.....	50
6 – Direitos e deveres do arguido	
6.1 – Enquadramento.....	53
6.2 – Direitos do arguido	
6.2.1 – Direito de ser informado dos direitos que lhe assistem.....	55
6.2.2 – Direito de intervençã processual.....	55
6.2.3 – Direito a defensor.....	56
6.2.4 – Direito ao silêncio e à não auto incriminaçã.....	57
6.2.5 – Direito de presençã.....	59
6.2.6 – Direito de audiçã.....	61
6.2.7 – Direito de recurso.....	62
6.3 – Deveres do arguido	
6.3.1 – Dever de comparênciã.....	63
6.3.2 – Dever de responder com verdade.....	64
6.3.3 – Dever de prestar TIR.....	65

6.3.4 – Dever de sujeição a diligências.....	66
7 – O conceito de indícios suficientes no Processo Penal Português	
7.1 – O conceito de “indícios suficientes”.....	66
7.2 – Medida da suficiência dos indícios	
7.2.1 – Suficiência como mera possibilidade.....	70
7.2.2 – Suficiência como maior possibilidade de condenação do que de absolvição.....	74
7.2.3 – Suficiência como forte possibilidade de condenação...	79

Capítulo III – A delimitação do conhecimento probatório do co-arguido

1 – Considerações iniciais.....	82
2 – Questão prévia: o conceito de co-arguido para efeitos de impedimento de depor como testemunha	
2.1 – O conceito formal de co-arguido: o nexa entre os processos.....	84
2.2 – O conceito material de co-arguido: o nexa entre as imputações dos arguidos.....	86
2.3 – O entendimento perfilhado pelo Código do Processo Penal Português.....	86
3 – A prova testemunhal	
3.1 – Objecto e limites do depoimento testemunhal.....	88
3.2 – Escusa, quebra e proibição por dever de segredo	
3.2.1 – Segredo profissional e religioso.....	92
3.2.2 – Segredo dos funcionários públicos.....	94

3.2.3 – Segredo de Estado.....	94
3.3 – Regras de inquirição.....	96
3.4 – Direitos da testemunha	
3.4.1 – Direito de audição.....	100
3.4.2 – Direito de correcção do tribunal.....	101
3.4.3 – Direito a protecção especial.....	101
3.4.4 – Direito de indemnização.....	101
3.5 – Deveres da testemunha	
3.5.1 – Dever de comparência.....	102
3.5.2 – Dever de prestar juramento.....	103
3.5.3 – Dever de prestar depoimento e responder com verdade.....	103
3.5.4 – Dever de obedecer às indicações que legitimamente lhe forem dadas quanto à forma de prestar depoimento.....	104
4 – Incompatibilidade entre a posição de testemunha e arguido no plano probatório	
4.1 – Considerações iniciais.....	105
4.2 – A determinação do âmbito objectivo do impedimento.....	106
4.3 – Formas de conexão	
4.3.1 – Conexão material.....	111
4.3.2 – Conexão processual.....	112
4.4 – Competência por conexão	
4.4.1 – Conexão subjectiva.....	113

4.4.2 – Conexão objectiva.....	117
4.5 – Outras situações em que se verifica o impedimento.....	120
4.6 – Considerações finais acerca do impedimento em análise.....	122
4.7 – A violação do impedimento.....	126
4.8 – O direito de recusa do depoimento.....	127

Capítulo IV – A valoração do conhecimento probatório do co-arguido

1 – Considerações iniciais.....	129
2 – A negação da possibilidade de valoração das declarações dos co-arguidos em caso de co-arguição	
2.1 – A posição de Rodrigo Santiago.....	131
2.2 – A posição perfilhada por Prittwitz.....	136
3 – A valoração do conhecimento probatório do co-arguido.....	138
4 – O critério da valoração do conhecimento probatório do co-arguido	
4.1 – Enquadramento.....	144
4.2 – Evolução histórica	
4.2.1 – A teoria da prova legal.....	145
4.2.2 – A teoria da moral ou da íntima convicção.....	146
4.2.3 – A teoria da livre apreciação da prova	
a) – Considerações iniciais.....	149
b) – Críticas ao modelo da livre apreciação da prova....	152

c) - A livre apreciação da prova, enquanto “convicção pessoal, objectivável e motivável”.....	154
d) – Violação do princípio da livre apreciação da prova. Consequências.....	158
e) – Os métodos científicos no âmbito da valoração da prova.....	159
f) A exigência de fundamentação.....	160
g) – Técnicas de verificação da prova.....	163
h) – O conteúdo da corroboração.....	165
i) – A regra da corroboração das declarações dos co-arguidos: uma necessidade ou uma conveniência?.....	167

Capítulo V – Art.º 345 n.º4 - (novo) limite na apreciação na prova feita por um co-arguido contra outro co-arguido

1 – Fundamentos que estão na origem do art.º 345º n.º4.....	173
2 – (Não) valoração das pessoas prestadas pelo co-arguido para efeitos de incriminação de outro co-arguido, quando este se remete ao silêncio.....	177
3 – Análise do Ac. 133/2010 do TC, de 14/04/2010.....	179

RESUMO

A prova constitui um dos temas mais amplos, mais complexos e mais sensíveis do Processo Penal.

A análise do material probatório, ao longo do processo, encontra-se amparada por princípios estruturantes do Processo Penal. São estes que definem e caracterizam, indubitavelmente, um Estado de Direito Democrático.

Dos vários meios de prova previstos na lei, o nosso estudo incide sobre as declarações do co-arguido. Muito embora não exista nenhuma disposição normativa atinente às declarações de co-arguidos, considerarmos que deve ser feita uma interpretação extensiva das mesmas. Por conseguinte, a título de exemplo, quando o art.º 140º se refere às declarações do arguido, a norma deve ser aplicada, de igual modo, caso exista uma pluralidade de arguidos.

No entanto, o seu conhecimento enfrenta uma série de impedimentos. Desde logo, encontra-se vedado ao co-arguido depor como testemunha contra outro co-arguido no mesmo processo ou em processo conexo. Deste modo, só poderá fazê-lo, em caso de separação de processos, desde que a sua sentença já tenha transitado em julgado e se nisso expressamente consentir.

Um segundo problema com o qual nos deparamos prende-se com a força probatória das mesmas. Tendo presente o carácter privilegiado destas declarações em virtude do contacto com os demais agentes do crime e pela sua participação no mesmo,

estas, no entanto, merecem ser valoradas com algumas reservas. Com efeito, entendemos que as declarações probatórias do co-arguido, não descurando o conteúdo e alcance do princípio da livre apreciação da prova, devem ser sempre corroboradas.

ABSTRACT

The evidence is one of the widest, complex and sensible subjects of the criminal procedure.

The evidence facts analysis throughout the process is supported by structure facts of the criminal proceeding. These are the ones that define a democratic rule-of-law state.

There are many evidence methods provided in the law, but our case will focus on the co-defendants' statements. Even if there is no article related to the co-defendants' statements, we consider that an extended and detailed interpretation of those should be done. As an example, when the article 140º refers to the defendants' statements, the rule should also be applied even if there are more than one defendant.

But this knowledge of the facts faces a series of setbacks. Right from the start, it is not allowed to the co-defendants, depose as a witness against other co-defendants, in the same process or connected process. So, it could only be done, if the processes are split, if the sentence has already taken place, and if there is approval to.

The second problem we face is the evidence strength of those statements. With these in mind, supported by the contact with the crime agents and their involvement in the crime scene, these statements should be taken seriously, but with some caution. As a matter of fact we understand that the evidence statements of the co-defendants, even though there is the right to the free analysis of them, it should always be supported by other means of proof.

PALAVRAS-CHAVE

Prova; Co-arguido; Valoração

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Art.º - Artigo

Arts. – Artigos

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – Confrontar

C.J – Colectânea de Jurisprudência

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPC – Código de Processo Civil

Ed. – Edição

Fasc.- Fascículo

I.e. – Isto é

JIC – Juiz de instrução criminal

MP – Ministério Público

Nº - Número

Ns - Números

P. – Página

Pp. - Páginas

OPC´s – Órgãos de polícia criminal

RFDCUC – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica

RItalDPP – Revista Italiana de Direito Processual Penal

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TIR – Termo de identidade e residência

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

UCP – Universidade Católica Portuguesa

V.g. – Verbie gratia

Vol. – Volume

Vols. - Volumes

INTRODUÇÃO

1 - O “problema”

A análise da valoração dos meios de prova em Processo Penal redonda numa das operações mais complexas do processo judicial. Por conseguinte, a exposição que se segue pretende prestar (mais) um contributo para uma melhor compreensão do fenómeno probatório.

Com efeito, face aos inúmeros temas que poderiam aqui ser debatidos em sede de direito probatório, o nosso estudo centrar-se-á, sobretudo, na questão do conhecimento probatório do co-arguido e da respectiva valoração.

A jurisprudência revela-nos que hodiernamente, um processo poderá revelar-se bastante complexo, em virtude da multiplicidade de crimes e / ou multiplicidade de arguidos. Como iremos analisar, ao abrigo do art.º 125º do Código do Processo Penal, tem-se perfilhado um entendimento no sentido das declarações de co-arguidos serem admitidas como um meio de prova legal.

Questão diversa prende-se com a valoração dessas mesmas declarações, ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova. Significa, pois, analisar as declarações prestadas pelo co-arguido, os factos por ele apontados serem relevantes, ou não, para a existência ou inexistência do crime; a punibilidade ou não punibilidade do arguido; a determinação da sua pena ou medida de segurança. Sendo declarações privilegiadas, em virtude da sua actuação e contacto com os demais arguidos, terão que ser valoradas com uma série de reservas, revelando-se, não raras as vezes um meio impuro. O arguido, ao contrário do que sucede com a testemunha, não se encontra obrigado a prestar juramento, nem tão-pouco a prestar declarações sobre os factos, em virtude do princípio da não auto-incriminação. O co-arguido pode prestar falsas declarações, distorcendo a verdade, por diversas razões: por uma questão de amizade ou para se vingar do outro co-arguido, para ser inocentado, por exemplo.

Não obstante, e ainda no âmbito da valoração das declarações do co-arguido, estas devem ser sempre corroboradas por outros elementos probatórios. Desta feita, o critério da

corroboração, em sede de apreciação das declarações de co-arguidos, surge assim como um critério fundamental de avaliação acrescida, redobrada, das declarações prestadas, nomeadamente por co-arguidos. Só existindo corroboração das declarações dos co-arguidos é que estas poderão ser tomadas como provas válidas.

2 – Metodologia

O nosso objecto de estudo encontrar-se dividido em cinco capítulos. Cada um deles versa sobre uma questão diferente, sendo que, apesar disso, existe uma complementaridade entre eles ao longo da exposição.

Desde logo, o primeiro capítulo foca-se nos princípios do Processo Penal atinentes à prova, nomeadamente o conteúdo e alcance dos mesmos.

No segundo capítulo, dedicado ao estatuto do arguido, vamos evidenciar o momento em que uma pessoa é constituída oficialmente como arguido num processo-crime, assim como os direitos e deveres que lhe assistem. Uma questão que será debatida a propósito, remeter-nos-á para o conceito de “indícios suficientes”. Qual é a medida para qualificar um indício como suficiente?

O terceiro capítulo será dedicado à delimitação do conhecimento probatório do co-arguido. Num primeiro momento, sendo que já tomamos conhecimento no capítulo anterior com o estatuto do arguido, iremos analisar o estatuto da testemunha. Esta análise revelar-se-á importante, para esmiuçar a questão da incompatibilidade entre a posição de testemunha e arguido no plano probatório. Será dado um especial enfoque à questão do impedimento do co-arguido depor como testemunha no mesmo processo ou em processo conexo enquanto mantiver essa qualidade.

A questão da valoração das declarações do co-arguido será a questão nuclear do quarto capítulo. Vamos aprofundar os diversos entendimentos que se perfilham actualmente, quer a nível doutrinal, quer a nível jurisprudencial, no que tange a esta valoração. Num segundo momento, iremos explicar a questão dos critérios que se encontram subjacentes a esta valoração, dando, naturalmente, um lugar de destaque à teoria

da livre apreciação da prova. Num terceiro momento, a nossa atenção será concentrada na questão da fundamentação da sentença.

O último capítulo será dedicado a análise do nº4 do art.º 345º do CPP, aditado pela Lei 48/2007, que vem estabelecer a proibição da valoração das declarações do co-arguido em relação a outro co-arguido sempre que este último se remeter ao silêncio no momento em que for questionado sobre os factos que estão relacionados com o crime que lhe é imputado. Vamos analisar quais foram os fundamentos que estiveram na origem deste aditamento ao artigo 345º. Por último, numa vertente mais prática, iremos evidenciar os principais argumentos gizados no Ac.133/10 do Tribunal Constitucional, de modo a aglutinar as principais traves-mestras que compõem a nossa dissertação.

CAPITULO I

(Princípios subjacentes ao Processo Penal)

1 – O princípio de presunção de inocência

1.1 – Considerações gerais atinentes ao conteúdo do princípio de presunção de inocência

O primeiro contacto que tomamos com o princípio de presunção de inocência, consubstancia-se na ideia de que qualquer sujeito sobre o qual recaia uma suspeita, uma dúvida, um processo investigatório, será tido como inocente, salvo prova em contrário, até à sentença transitada em julgado¹.

A sua consagração revela-se indubitavelmente no art.º 32º, nº2 da Constituição da Republica Portuguesa, onde se determina: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Esta disposição normativa não tem antecedentes, quer ao nível do Direito Constitucional, nem tão-pouco ao nível do Direito Processual Penal, até 1976, ano em que o texto originário da Constituição entrou em vigor. Até então, este princípio encontrava-se identificado, muitas vezes confundido até, com o princípio *in dubio pro reo*².

¹ ULPiano. In: SILVA, Helena Resende, *Crime E Punição. As melhores citações*. Braga. Empresa do Diário do Minho, Lda: 2004. “É melhor um crime impune do que um inocente castigado”; VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, vol.I. 3ª edição. Lisboa. Almedina: 2010, p.162 – “O conteúdo do princípio da presunção de inocência está no seu âmago ligado à liberdade individual do indivíduo, no sentido de proibir quaisquer medidas cautelares como antecipação de pena com base no rótulo de culpado. Sendo uma trave orientadora do processo penal, a presunção de inocência prescreve a honestidade do indivíduo (...)”; DIAS, Figueiredo, “o defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Nº18: 1971, pp.159-226 – Destaca assim a importância da presunção de inocência elevada à categoria de princípio fundamental “do processo penal em qualquer Estado de Direito...”

² CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.I. 4ª edição. Coimbra. Coimbra Editora: 2007, p.519 – “O princípio da presunção de inocência surge articulado com o tradicional princípio *in dubio pro reo*. Além de ser uma garantia subjectiva, o princípio é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.

Fazendo uma breve incursão histórica³, podemos atestar a ideia de que ao longo de vários séculos, o processo penal assentava numa estrutura puramente inquisitória, dominada por dois eixos estruturantes: o *ius puniendi* do Estado e o princípio de presunção de culpa do arguido, ficando a cargo deste último o ónus probatório, o que nem sempre conseguia. Desta feita, este regime revelava-se assim muito arbitrário, permitindo, muitas das vezes, a condenação de inocentes. Porém, no século XVIII, com o culminar da Revolução Francesa⁴, com cunho marcadamente individualista, liberal e garantista, surge a preocupação de salvaguardar a liberdade e a dignidade do indivíduo. No entanto, isto não significa que anteriormente já não existisse esta visão. Existir, existia, mas era minoritária. Thomas Hobbes destaca-se neste quadrante. Os seus textos já deixavam transparecer este sentimento de igualdade de armas. Na sua obra *Leviathan*, Hobbes já mostrava o seu inconformismo: “é contrário à lei da natureza castigar os inocentes, e inocente é aquele que é absolvido judicialmente, e reconhecido como inocente pelo juiz”⁵. Nessa linha de raciocínio, subscrevemos inteiramente a posição de Eduardo Maia Costa: “O princípio de presunção de inocência surge aqui claramente como matriz de um processo garantista e liberal, por oposição ao processo inquisitório, então reinante na Europa, tendo como preocupação primordial a protecção da pessoa do arguido face aos investigadores / acusadores / julgadores”⁶.

³ Cfr. VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca Da Presunção De Inocência Em Direito Processual Penal*. Coimbra. Coimbra Editora: 2005, pp.29 e ss; VEIGA, Catarina, *Considerações Sobre A Relevância Dos Antecedentes Criminais Do Arguido No Processo Penal*. Coimbra. Almedina: 2000, pp.13 e ss.

⁴ Como salienta, VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca Da Presunção De Inocência Do Arguido em Direito Processual Penal*, p.35: “O processo penal continental deixa-se, então, tocar pelo britânico de tal forma que o processo resultante da reforma operada a partir da Revolução Francesa há-de traduzir-se num compromisso entre o direito processual penal do sistema inquisitório próprio do antigo direito e o sistema acusatório, de inspiração britânica, no qual o acusado é uma parte processual que se encontra em posição de igualdade com a acusação (pública ou privada), no qual a intervenção de leigos é essencial, pelo que o processo é necessariamente oral, e público, e no qual cada parte tem sobre si o ónus de provas os factos que invoca e que pretende fazer valer, sendo a prova valorada de acordo com a livre convicção do julgador (sistema das provas morais). A promoção processual pertence à colectividade (acção penal popular) e, em regra, o arguido aguarda em liberdade o desenrolar do processo”.

⁵ HOBBS, Thomas, *Leviathan*. Imprensa Nacional da Casa da Moeda: 2010, p.225.

⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI, Feltrinelli: 1991. In: COSTA, Eduardo Maia, “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, in *Revista do Ministério Público*. Ano 23, nº92: 2002, p.66; Cfr. VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca Da Presunção De Inocência Em Direito Processual Penal*, pp.30-31.

Porém, é com Beccaria que, pela primeira vez, o princípio é identificado e distinguido dos demais: “Não se pode chamar réu a um homem antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a protecção pública senão a partir do momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida”⁷.

Esta posição foi assumida maioritariamente desde então, em nome de um sistema penal aberto, o que não infere com vozes dissonantes⁸. Bettiol⁹, numa primeira fase, “encara a presunção como juridicamente insustentável e considera-a mais uma «verdade interina provisória». E se como expediente político a presunção pode justificar-se, já no processo, mesmo equivalendo só a uma verdade interina ou provisória mais valeria eleger como verdade interina a presunção de culpa. Porque estatisticamente são mais os arguidos no processo, condenados a final, que absolvidos”.

Por seu turno, ainda neste discurso positivista, Manzini¹⁰, embora reconhecendo a possibilidade de ocorrer uma condenação injusta, o certo é que em regra, a condenação de um arguido só opera efectivamente, quando o juiz for confrontado com provas, indícios suficientemente fortes que vão de encontro à culpa do mesmo. Como tal, o processo deveria suportar uma presunção de culpa, pois todo o processo é estruturado para provar que aquele crime ocorreu e, em consequência, que o arguido é culpado: “O não se estar certo da culpa duma pessoa indiciada significa necessariamente duvidar da sua inocência”.

A primeira legislação a acolher o princípio em causa, de modo a evitar os abusos que se verificaram anteriormente, definindo e delimitando o poder do Estado face ao

⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, In: COSTA, Eduardo Maia Costa, “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, p.66.

⁸⁸ GAROFALLO, *Criminologia*. Lisboa: 1908, Tradução, Júlio de Matos, pp.413-414. In: COSTA, Eduardo Maia Costa, “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, in *RMP*. Ano 23, nº92, p.66. Este positivista italiano manifestou pleno desacordo com tal posição. Era defensor de um princípio de presunção de culpa, em nome da protecção e defesa da sociedade contra um potencial crime. A sua teoria era construída com base na premissa de eficiência do combate ao crime. Desta feita, entendia que a situação de cada arguido, deveria ser analisada e julgada per si, com o intuito de se determinar se este era digno, ou não, do favor rei. Isto significa, pois, que, consequentemente, consoante a sua perigosidade, a primariedade ou reincidência, este seria digno de beneficiar, ou não, de uma presunção de inocência.

⁹ BETTIOL, *Instituições de Direito E De Processo Penal*. Coimbra Editora: 1974, pp. 295 e ss. In: MOURA, Souto, “a questão da presunção de inocência do arguido”, in *Revista do Ministério Público*. Coimbra. Coimbra Editora. Ano 11, nº4: 1991, p.33.

¹⁰ MANZINI, *Tratado De Derecho Processual Penal*, vol.I. Edições Jurídicas Europa América. Buenos Aires, pp. 250 e ss. In: MOURA, Souto, “a questão da presunção de inocência do arguido”, in *RMP*. Ano 11, nº92, pp.33.34.

arguido, remonta a 1789, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão¹¹. Em 1947, após a Segunda Guerra Mundial, o princípio de presunção de inocência do arguido foi definido e consagrado pela Constituição italiana, na sua disposição normativa n.º27¹². No ano seguinte, em 1948, esta posição é acolhida de igual modo pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹³. Já em 1959, esta ideia de salvaguardar a dignidade do arguido é postulada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁴. Em 1976, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, estatui o mesmo juízo garantista¹⁵. Mais recentemente, no ano de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assume a mesma posição que as demais Declarações¹⁶.

Face a esta enunciação do princípio de presunção de inocência do arguido nas várias legislações, podemos afirmar desde já, a sua incontestável afirmação, que é assegurada pela preocupação do legislador em procurar um equilíbrio, de uma igualdade qualitativa entre os meios da defesa e a acusação, de modo a demover o Estado da prática de actos que violem a dignidade do arguido enquanto ser humano¹⁷. Devemos ter presente que o princípio de presunção de inocência é fruto de uma luta ao longo de vários séculos contra a ideia de presunção de culpa. Salvo prova em contrário, o sujeito era tido como culpado, deveria, como tal, ser ele a provar a sua inocência. Caso não colaborasse nesse sentido, era muitas vezes sujeito a meios coercivos e torturantes para confessar. Como afirma Eduardo Costa, estamos perante uma “pedra basilar do processo penal justo, equitativo, próprio do Estado

¹¹ Art.º 9º n.º2 – “Sendo todo o homem presumido inocente até ser declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, deve ser severamente punido pela lei todo o excesso de rigor desnecessário para dispor da sua pessoa”.

¹² “O arguido não é considerado culpado enquanto não estiver condenado definitivamente”.

¹³ Art.º 11º n.º1 - “Presume-se inocente toda a pessoa acusada de um acto delituoso até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias à sua defesa lhe sejam asseguradas”.

¹⁴ Art.º 6º n.º2 – “Presume-se inocente qualquer pessoa acusada de uma infracção enquanto a sua inocência não tiver sido legalmente provada”.

¹⁵ Art.º 14º n.º2 – “Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

¹⁶ Art.º 48º n.º1 – “Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.

¹⁷ VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, tomo I, pp.168-169 – “A presunção de inocência, como corolário dogmático do inviolável princípio do respeito pela dignidade humana”; MOURA, Souto, “direito e processo penal actuais e consagração dos direitos do homem”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 1, n.º4: 1991, pp.567-586.

de Direito Democrático”¹⁸. Trata-se, efectivamente, de um direito fundamental, uma garantia constitucional, uma trave mestra do Direito contemporâneo, mormente do Direito Penal, democrático, e não um mero princípio programático, que obriga o Estado a tratar este indivíduo com dignidade. Desta feita, nesta linha de raciocínio, Souto Moura adverte para a extensão do princípio em análise para além do processo: “o princípio da presunção de inocência manifesta-se, antes de mais, como um direito constitucional a se ser tratado fora do processo “como se” fosse inocente”¹⁹. Como tal, como os demais direitos fundamentais, muito pese o seu conteúdo, este pode ser restringido (o estritamente necessário) face à presença de conflito com outros direitos constitucionalmente tutelados²⁰. A presunção de inocência surge assim como “expediente prático”, nas palavras de Souto Moura²¹, que vem permitir ao arguido assegurar o maior número de direitos fundamentais que lhe assistem.

O princípio de presunção de inocência é, antes de mais, nas palavras de Marques da Silva, “um princípio natural, lógico, de prova”²². Deste modo, o seu reconhecimento é feito não só pelo direito interno, mormente, na Constituição da Republica Portuguesa, no art.º 32º nº2, assim como no Direito Internacional. Determina assim este artigo, “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”, como já tivemos oportunidade de salientar.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, assumem a dificuldade em delimitar o sentido do princípio da presunção de inocência do arguido: “Considerando em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e

¹⁸ COSTA, Eduardo Maia, “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, in *RMP*. Ano 23, nº92, p.67.

¹⁹ MOURA, Souto, “a questão da presunção de inocência do arguido”, in *RMP*. Ano 11, nº4, p.47.

²⁰ Cfr. Art.º 18º ns 1 e 2 da CRP.

²¹ MOURA, Souto, “a questão da presunção de inocência do arguido”, in *RMP*. Ano 11, nº4, p.47.

²² SILVA, Germano Marques, *Curso De Processo Penal*, vol.I. 4ª Edição. Loures. Verbo: 1993, p.123; PINHEIRO, Rui, MAURÍCIO, Artur, *A Constituição E O Processo Penal*. Lisboa. Rei dos Livros: 1983, pp.130 e ss, perfilham entendimento diverso: “... não há qualquer fundamento lógico-jurídico para a presunção de inocência do arguido. Trata-se tão só de um princípio com um fundamento político fruto de uma evolução da sociedade e uma conquista da civilização. Princípio que se traduz na opção de risco de se ver absolvido um culpado, relativamente à eventualidade de se condenar um inocente...”.

cautelares (institucionalizando a instrução criminal em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz”²³. Nessa linha de raciocínio, Figueiredo Dias, afirma peremptoriamente que “o princípio jurídico-constitucional em referência, se vincula estritamente à exigência de que só sejam aplicadas àquele as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente, e daí as exigências de necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade e precariedade, que o art.º 193º do Código do Processo Penal integralmente reproduz”²⁴. Mais recentemente, Taipa de Carvalho²⁵, a propósito das medidas de coacção, nomeadamente a prisão preventiva, reconhece a dificuldade de assegurar este princípio neste tipo de situação. A partir do momento em que a prisão preventiva é reconhecida constitucionalmente, somos confrontados com uma grande dificuldade de efectivação do princípio de presunção de inocência. O modo encontrado para se alcançar um equilíbrio entre a efectivação da prisão preventiva não deixando de assegurar as garantias do arguido como cidadão, titular de direitos e deveres, passa aqui pela ideia de que o princípio de presunção de inocência, vale aqui como uma garantia efectiva, isto é: é expressamente proibido a imputação do ónus da prova ao arguido, cabendo assim à defesa delimitar o objecto de acusação e provar as afirmações por si proferidas. Caso fique uma séria dúvida na convicção do juiz, este, em nome do princípio *in dubio pro reo* (e desde já evidenciamos a distinção entre os princípios, se bem que o segundo não é mais que um corolário do primeiro²⁶), deve absolver o arguido. Deste modo, conclui o autor citado, que se a prisão

²³ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, VITAL, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, vol.I, p.518.

²⁴ DIAS, FIGUEIREDO, “la protection des droits de l’homme dans la procédure pénale portugaise”, in *Revue Internationale de Droit Penal*. 3.º trimestre: 1978, p. 267

²⁵ CARVALHO, Taipa, *Sucessão De Leis Penais*. 3ª Edição. Porto. Coimbra Editora: 2008, p.252.

²⁶ O princípio *in dubio pro reo* não é mais do que uma manifestação do princípio de presunção de inocência do arguido. Isso é claramente visível, desde já, no que concerne à sua extensão. Enquanto que o primeiro manifesta-se desde o início do processo, quer ao nível do estatuto do arguido, quer a nível probatório, até a decisão transitar em julgado; por seu turno, o segundo é pontual, intervindo apenas em dois momentos (eventualmente, três), em nosso entender: um primeiro momento, em sede de inquérito, fase presidida pelo Ministério Público, cuja função consubstancia-se na análise das provas. Se o material probatório for manifestamente insuficiente, este deve arquivar o processo. Numa fase eventual, a instrução, o juiz de instrução, após o debate instrutório, se concluir pela insuficiência das provas recolhidas, deve proferir um despacho de não pronúncia. Finalmente, na fase de julgamento, muito embora seja possível ao juiz, por via do princípio da investigação, esclarecer determinada prova trazida a juízo, se ficar uma séria dúvida na convicção do juiz,

preventiva for usada como instrumento de intimidação, como meio de obtenção de uma confissão coactivamente, esta será inconstitucional, indubitavelmente. As demais situações em que a prisão preventiva é aplicada, coadunam-se com o princípio em análise, por estar em causa razão de prevenção: evitar a fuga do arguido; evitar o insucesso das investigações; e, por fim, garantir a segurança da comunidade²⁷.

Fica assim, desde já delimitado um dos alcances, para muitos o único²⁸, do princípio de presunção de inocência do arguido.

Dissemos inicialmente que este princípio protege o indivíduo, no sentido de que sempre que este seja alvo de uma suspeita ou acusação, não poderá de forma alguma ser condenado pelos factos que lhe são imputados, enquanto não for realizada uma actividade probatória séria e inequívoca, ou seja, enquanto não for produzida a veracidade dos mesmos²⁹.

Desde já resulta aqui uma ideia base do processo penal: o princípio de presunção de inocência, isenta o arguido do ónus probatório³⁰. Logo, não tem necessariamente que tomar

como já referimos, este deve decidir em abono do arguido. Iremos debater a questão novamente mais adiante no ponto 2 do presente capítulo.

²⁷ COSTA, Eduardo Maia, “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, in *RMP*. Ano 23, n°92, p.73 – “Não prevê a Constituição as situações em que a prisão preventiva é admissível. Esta será uma tarefa do legislador ordinário, que está porém condicionado, para além do princípio de presunção de inocência, por outros dois princípios constitucionais: são eles o princípio de carácter excepcional e subsidiário da prisão preventiva (art.º 28º n°2 da Constituição) e o da proporcionalidade, que é um corolário do princípio de Estado e de Direito e que encontra diversos afloramentos no texto constitucional (arts.18º n°2, 266º n°2, 272º n°2). Mais adiante, na sua linha discursiva, manifesta a sua preocupação para a corrente aplicação desta medida de coacção preventiva de liberdade: “... apesar de ser uma medida excepcional e subsidiária, banalizou-se, tornou-se a medida de coacção normal em certo tipo de crimes, nomeadamente no tráfico de estupefacientes, precisamente com a mais que duvidosa (constitucionalmente duvidosa) invocação do perigo de continuação criminosa e/ou de perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas”. Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, p.518.

²⁸ MAURICIO, Artur, PINHEIRO, Rui, *A Constituição E O Processo Penal*, pp. 135 e ss.

²⁹ ROCHEFOUCAULD, in: SILVA, Helena Resende, *Crime E Punição*, p.11 – “Falta muito para que a inocência tenha tanta protecção como o crime”.

³⁰ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova Do Crime (meios legais para a sua obtenção)*. Coimbra. Almedina: 2009, p.145 – “O princípio da inocência opera assim uma concentração do ónus da prova na acusação, dispensando a defesa de qualquer ónus, o que se compreende: se se ficciona o arguido inocente, para que é que se vai provar a inocência? A haver algo que careça de prova é o contrário, ou seja a culpa”.

diligências probatórias. Não tem o dever de colaborar com o tribunal na descoberta da verdade material³¹. Quanto muito, nessa linha de descoberta da verdade material, o arguido tem o direito de participar no inquérito, saber quais as acusações contra ele proferidas, podendo assim delinear a sua estratégia de defesa, apresentando provas que desconstruam a acusação contra si proferida. Mais se acrescenta, ainda quanto ao nível das garantias que a Constituição confere ao arguido, ao nível do seu estatuto, este pode remeter-se ao silêncio. Porém, de modo algum, esse silêncio pode ser valorado em sentido desfavorável, muito menos ser entendido como confissão³². A confissão, enquanto meio de prova válido, tem que resultar de um acto livre, esclarecido e consciente do arguido. Todo o processo é desenhado com o intuito de detonar o princípio de presunção de inocência. Existindo suspeitas de que o arguido cometeu um determinado crime, compete à acusação (assistente), ao Ministério Público (MP), e ao tribunal (cfr. art.º 340º) prová-lo. Como afirma Marques da Silva, “a dúvida sobre a culpabilidade é a razão de ser do processo”³³.

Concluimos assim, relativamente a este ponto da exposição, que o facto de a lei isentar o arguido de provar a sua inocência, não significa que não tenha interesse e o direito de colaborar na sua absolvição, com acabamos de afirmar, apresentando provas em tribunal que destruam os factos que lhe são imputados.

Por conseguinte, ficam assim ressalvadas as seguintes ideias base: estamos perante um direito subjectivo público que abarca no seu conteúdo e limites outros direitos. A saber:

Deve ser assegurado ao arguido, enquanto pessoa humana que é, um estatuto garantista dos seus direitos, liberdades e garantias. Apesar de recaírem sobre ele sobre ele

³¹ CAMPOS, Carlos da Silva, “os direitos de defesa no inquérito criminal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 49, Lisboa: 1989, p.1014: “As pessoas não são objecto de processos, devem sim, ser sujeitos de processos”.

³² SANTIAGO, Rodrigo, “reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 4, fascículo 1: 1994, p.36 – “Ora, confessar não é, necessariamente co-honestar os factos constantes da acusação. Confessar é responder com verdade – *rectius*: responder de acordo com a versão assumida pelo tribunal, ou seja, a verdade judicial”; Cfr. art.º 344º.

³³ SILVA, Germano Marques, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.73.

suspeitas, indícios sérios de actividade criminosa, deve ser tratado com dignidade³⁴, partindo do pressuposto de que, até trânsito em julgado, ele é inocente;

O arguido não pode ser condenado com base num non liquet. Desta forma, deve ser levada a cabo uma actividade investigatória antes de ser pronunciada a sua sentença. Porém, ressalvamos a possibilidade conferida ao arguido, em virtude do direito ao contraditório que lhe é conferido, apresentar em tribunal provas que possam confirmar a sua presunção de inocência³⁵;

Os meios e os métodos de prova recolhidos pela acusação devem respeitar o princípio da legalidade³⁶. Isto significa que só serão consideradas como provas aquelas que a lei considerar válidas e legais (cfr. arts. 125º e 126º CPP). Não menos importante, é a ideia de que só valem as provas directamente apresentadas em audiência de julgamento e que se encontrem relacionadas com o objecto do processo;

Cabendo a recolha de provas incriminatórias à acusação, as provas de circunstâncias justificativas e desculpantes que possam existir, cabem à defesa;

A eventual incapacidade naquele caso em concreto por parte do MP em provar objectivamente os factos que estão na origem da acusação, não conduz automaticamente à absolvição do arguido, na medida em que o tribunal tem o poder-dever de investigar as

³⁴ Cfr. LEAL, Rui da Silva, “eu sou arguido... amanhã. Os direitos de garantia”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal Português*. Braga. Coimbra Editora: 2009, pp.117 e ss – “O que nos conduz a uma conclusão óbvia: a violação destes princípios fundamentais consubstancia a violação da dignidade da pessoa humana”.

³⁵ DIAS, Figueiredo, “sobre os sujeitos processuais no novo Código do Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra. Almedina: 1991, pp.27-28 – “o princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais – da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de uma plena liberdade de vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo...”.

³⁶ Ac. nº 578/98, de 14/10/98 do TC, processo nº - 835/98, disponível em www.dgsi.pt. – “Existe um dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal. a verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas nas leis podem ser transpostos”.

provas que lhe são apresentadas. Se permanecer uma dúvida séria na convicção do juiz, este, por força do princípio da investigação, levará a cabo as diligências necessárias para suprir e esclarecer determinados factos (art.º 340º);

- Sendo o MP um órgão pautado por um estatuto de objectividade³⁷, não lhe é atribuído um verdadeiro ónus de prova, na medida em que a sua eventual incapacidade de provar a culpa do arguido, não acarreta para o MP a desvantagem característica de um verdadeiro ónus de prova, como acontece com o assistente.

Tecidas as considerações em relação a esta primeira parte do problema que o princípio da presunção de inocência suscita, vamos analisar uma segunda questão que não tem sido unânime na doutrina.

Estamos convencidos, apesar das dificuldades com que nos deparamos, que o princípio da presunção de inocência, em virtude da linha de raciocínio até aqui desenhada, comporta duas dimensões distintas, mas que se interligam.

O princípio em causa atribui ao arguido um verdadeiro estatuto³⁸. Estatuto de arguido³⁹, é certo, mas acima de tudo, estatuto de pessoa humana, de pessoa inocente até prova em contrário. Vivemos num estado que assenta em princípios de democracia, liberdade e dignidade. Como tal, proclama-se um estatuto que preserva a sua (do arguido) dignidade pessoal - “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação...”⁴⁰. Deste modo, deve assegurar-se que o arguido recebe um tratamento de não responsável criminalmente pelos factos que lhe são imputados, enquanto não for condenado⁴¹. A suspensão e / ou limitação dos seus direitos, devem ter um carácter

³⁷ Cfr. art.º 1º do Estatuto do Ministério Público e al.d) n.º1 do art.º 61º CPP; VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, tomo I, pp.113 e ss.

³⁸ Cfr. MOURA, Souto, “direito e processo penal actuais e consagração dos direitos do homem”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 1, n.º4: 1991, pp.567-586.

³⁸ COSTA, Eduardo Maia, “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, in *RMP*. Ano 23, n.º92, p.67.

³⁹ Cfr. Capítulo II, ponto 3.

⁴⁰ Cfr. n.º2 do art.32º da CRP.

⁴¹ MOUTINHO, José Lobo, *Arguido E Imputado No Processo Penal Português*. Universidade Católica Editora. Lisboa: 2000, pp.8-9: “Não obstante, a oposta visão do arguido mantém-se muitas vezes por detrás de belas declarações, como uma tentação constante para todos aqueles que servem o processo penal e tanto mais intensa quanto maior é a

transitório e reversível. Falamos, pois, de um igual tratamento jurídico entre o arguido e os demais cidadãos. O facto de lhe ser imputado um crime, não pode ser discriminado ou sofrer tratamento de desfavor. A igualdade deve ser assegurada, não só ao nível dos direitos fundamentais, mas também em relação aos direitos sociais e culturais. Subscrevendo inteiramente a posição de Rui Patrício, o qual passamos a citar, o arguido “não é um mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele, devendo frisar-se que daqui decorre – e em ligação com o princípio (o princípio de todos os princípios jurídico-constitucionais) da preservação da dignidade pessoal – qual a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade; ou seja, o arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal...”⁴².

proximidade ao terreno e, por isso, maior a dolorosa consciência do mal social do crime, maior a indignação perante a impunidade, tantas vezes selectiva, dos criminosos e, assim, maior o zelo posto no desempenho das funções.

É bom que se atente precisamente nas suas origens reais. Arranca ela fundamentalmente da ideia de que não há fumo sem fogo, e, portanto, olha o imputado como culpado. É, mais precisamente, o culpado cuja culpa ainda se não conseguiu provar e que importa conseguir demonstrar. O fim da investigação é, então, demonstrar a culpa do suspeito e, por essa razão, é natural a repugnância à sua intervenção no processo. O culpado, num processo dirigido a coligir provas de suspeita, não pode senão perturbar ou mesmo obstar ao correcto e normal desenvolvimento do processo. E mesmo as suas declarações, cuja importância é sempre inegável, só interessam na medida em que possam servir o fim da investigação, que é coligir provas da culpa. As declarações do imputado, tal como os restantes meios de prova, só interessam como meios de prova contra o imputado, seja na medida em que se consiga obter a confissão (ou pelo menos calá-lo ou apanhá-lo em falso), seja como meio de descobrir provas contra ele. E daí a sua estruturação: o valor fundamental é o de uma testemunha; mas de uma testemunha suspeita no que declarar a seu favor, e insuspeita no que contra si declarar. Daí que não seja em absoluto necessária a sua inquirição e que esta só deva fazer-se devidamente acautelada para obter a sua utilidade incriminatória: seja procurando forçá-lo a declarar com verdade seja confrontando-o com a verdade da sua culpa, previamente estabelecida sem a sua perniciosa e perturbadora influência, seja ainda buscando obter notícia, através do arguido, meios de prova incriminatórios.

Cair nesta tentação, com o que de humano encerra, é, todavia, como a história ensina, enveredar por maus caminhos, que levam, sempre, a responder ao mal social do crime com o mal social do processo (multiplicando o mal) e, quase sempre, a fazer sacrificar uma infinidade de inocentes nas redes da justiça, nas quais, porque precisamente apertadas pelo intuito persecutório, é fácil cair, mas das quais não é nunca fácil libertar-se. E, portanto, o caminho é resistir-lhe’.

⁴² PATRÍCIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*. Lisboa. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: 2004, p.33.

Temos presente a ideia que pauta todo o Processo Penal: a descoberta da verdade material⁴³. Para tal, o Estado pode e deve servir-se do seu jus puniendi, em última instância, para levar o processo em causa a bom porto. Porém, invocando o princípio da igualdade, seria impensável que num processo que se quer justo e equitativo, uma das partes – neste caso a acusação tivesse mais meios (não só quantitativamente mas também qualitativamente a seu favor)⁴⁴.

Num segundo plano, o princípio de presunção de inocência desenrola-se ao nível do ónus da prova⁴⁵. Isto significa, como já tivemos oportunidade de salientar anteriormente, as provas que servem de fundamentação para a condenação, serão aquelas que são validas e legalmente previstas. Além disso, o ónus de quebrar o princípio em causa recai sobre a acusação e nunca sobre o acusado.

Já foi aqui dito que esta estruturação do princípio em dois planos não é unânime, tendo vindo a despertar ao longo dos anos calorosas trocas de argumentos.

Rui Pinheiro e Artur Maurício argumentam que “a presunção de inocência não transforma o arguido – cujo status se mantém – em inocente, mas opera exclusivamente sobre o regime do ónus da prova”. E vão mais longe nesta linha argumentativa, salientado que “não há qualquer fundamento lógico-jurídico para a presunção de inocência do arguido.

⁴³ Cfr. Ac. n.º 212/93, do TC, processo n.º458/91, disponível em www.dgsi.pt – “A busca da verdade material é por demais importante, mas tem que ser alcançada com total respeito das garantias de defesa do arguido”; Cfr. ponto 3 do presente capítulo.

⁴⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso De Processo Penal. Lições proferidas no ano lectivo 1954-1955*, vol. I. Lisboa: 1955, p.48 – “A efectivação do direito de punir não se sobrepõe, do ponto de vista da ordem jurídica, ao interesse público, à salvaguarda dos direitos da inocência, e como estes podem ser prejudicados pela deficiência duma defesa, que não pode ser organizada por falta de conhecimento tempestivo da acusação, a consequência a tirar é a da proibição do tribunal de tomar em consideração novos factos, gravosos para o arguido, que não constituam objecto da acusação”.

⁴⁵ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova Do Crime (meios legais para a sua obtenção)*, pp.62-63 – “Num processo penal caracterizado pela máxima acusatoriedade, como o nosso, o arguido não pode ser concebido como um objecto do processo, não sendo, alguma vez, meio formal de prova, devendo antes ser considerado como um sujeito processual, com total liberdade para contradizer a acusação, através do recurso à igualdade de armas à disposição do acusador.

Do exposto resulta que o arguido não pode ser obrigado a prestar qualquer colaboração com o tribunal, sem que isso, de alguma forma, o possa prejudicar, devendo a sua participação no processo ser totalmente livre, respeitando-se a sua integral vontade de forma a que não surja uma verdade deturpada por via de uma qualquer pressão”.

Trata-se tão-só de um princípio com um fundamento político, fruto de uma evolução da sociedade e uma conquista da civilização⁴⁶. Princípio que se traduz na opção de se ver absolvido um culpado, relativamente à eventualidade de se condenar um inocente, ainda que o número daqueles seja superior ao destes”. Mais adiante afirmam: “A dúvida sobre a existência dos factos incriminatórios, cuja prova incumbe ao MP, resolve-se a favor do réu – a tanto se limita em matéria de prova a presunção de inocência do arguido”⁴⁷.

Parece-nos insustentável esta posição, na medida que inverte por completo a estruturação do Processo Penal. O Processo Penal português não é um processo acusatório puro, mas temperado pelo princípio da investigação. É certo que a dúvida sobre a culpabilidade ou não do sujeito é a razão de ser do processo. E que ao longo do mesmo, como afirma Souto de Moura, “o arguido está mergulhado num estado de dúvida”⁴⁸. Mas essa dúvida não pode subverter o sistema. Não podemos passar de um sistema que consagra e defende um princípio de presunção de inocência, para outro sistema que parte do pressuposto que o indivíduo é culpado, e como tal, ele é que tem que provar a sua inocência⁴⁹. Se é tido como culpado ao longo do processo, então não lhe deve ser concedido qualquer estatuto garantístico. Estaríamos assim no reinado do princípio da presunção da culpa. Germano Marques da Silva, por seu turno, não ficou indiferente a este paradigma, manifestando, de igual modo, o seu profundo desagrado perante tal juízo: “Sucede às vezes que alguns consideram exagerada a importância deste princípio, sobretudo em períodos de acentuada criminalidade. Esta atitude de espírito é, porém, inadmissível numa ordem jurídica inspirada por um critério superior de liberdade, assente, por consequência, no valor moral da pessoa humana. A condenação penal, a pena criminal é também castigo a resgatar a culpa do delinquente pelo que é de todo inaceitável a condenação, sem a certeza moral da culpabilidade a redimir; é inaceitável que numa

⁴⁶ No mesmo sentido, PINHEIRO, Rui, MAURÍCIO, Artur, *A Constituição E O Processo Penal*, p.130.

⁴⁷ MAURICIO, Artur, PINHEIRO, Rui, *A Constituição E O Processo Penal*, p.85

⁴⁸ MOURA, Souto, “a questão da presunção de inocência do arguido”, in *RMP*. Ano 11, nº4, p.35.

⁴⁹ VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, tomo I, p.170 – “A presunção de inocência deve ser considerada como regra política, baseada nos princípios da democracia, da liberdade e, essencialmente, do respeito pela dignidade da pessoa humana”.

sociedade em que o valor primeiro é a pessoa humana possa a condenação penal ter outra finalidade exclusiva, como a de mera prevenção, alheando-se da culpa do condenado”⁵⁰.

1.2 – A questão dos pré-juízos, consubstanciados na compreensão da decisão judicial, formulados pela entidade julgadora: consequências

As limitações inerentes e os defeitos da linguagem, levam a que as regras jurídicas venham desenhadas de forma aberta, o que nos conduz à interpretação das mesmas.

Interpretar uma lei, significa assimilar, compreender e transmitir o seu conteúdo e o seu alcance⁵¹. A necessidade de interpretação advém da falta de clareza e / ou objectividade para o seu intérprete, não raras as vezes. É comum, ocorrerem várias interpretações distintas da mesma disposição normativa.

Tradicionalmente, de acordo com a teoria clássica da interpretação jurídica, a interpretação era reservada unicamente para os casos em que a disposição normativa se revelava obscura, sem objectividade. Hodiernamente, ao contrário, o entendimento da doutrina vai no sentido de que a clareza do texto jurídico não afasta por si só a necessidade de interpretação⁵².

A teoria da interpretação é designada de “hermenêutica”, isto é, interpretação, declaração⁵³.

⁵⁰ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.219.

⁵¹ ANDRADE, Manuel, *Ensaio Sobre A Teoria Da Interpretação Das Leis*. 3ª Edição. Coimbra. Arménio Arnado-Editor: 1978, p.9, em nota.

⁵² LOCKE, John perfilhava um entendimento diverso, segundo o qual, em Direito, essa pretensa clareza resulta da falta de imaginação, ou seja, do facto do legislador não se ter pensado em todas as situações contempladas pelo conteúdo da norma, o que permitiria revelar a ambiguidade e a falta de clareza da lei.

⁵³ A interpretação da teoria da hermenêutica, consubstancia-se em três momentos distintos, mas subsequentes, também comumente conhecidos como “círculos hermenêuticos”.

O primeiro círculo hermenêutico encontra-se atinente à relação que se estabelece entre a pré-compreensão do objecto e o texto. Em termos sumários, podemos aferir que esta pré-compreensão deve ser encarada como uma hipótese de compreensão com a qual o intérprete aborda e compreende o texto. Esta hipótese traduz-se numa presunção ou expectativa do intérprete sobre a solução mais adequada do litígio em causa. A sua compreensão é o resultado das experiências

Como explica Rui Patrício, “num processo de conhecimento, o objecto, não é algo exterior ao sujeito, é por este, de alguma forma (re)construído, com base no conhecimento vivencial, implícito, pré-predicativo desse sujeito”⁵⁴. A relação que se estabelece e a consequente compreensão do objecto, não é mais do que fruto do seu “estar no mundo”, nomeadamente através das suas experiências (pessoais e profissionais), das suas crenças e valores ou da sua linguagem. Desta feita, no momento em que o sujeito interage com a situação, com o objecto, à medida que o vai conhecendo, “não se limita a apreender o seu sentido, mas acrescenta-lhe sentido”⁵⁵. E isto conduz-nos, a que o intérprete estabeleça uma pré-compreensão dos factos. E essa pré-compreensão, revelar-se-á um elemento estruturante do processo criativo que será desempenhado pelo juiz^{56 57}.

profissionais e pessoais do intérprete. Cria-se, deste modo, uma relação, de efeitos recíprocos que dará origem a uma reflexão, entre o texto da disposição normativa e a hipótese de interpretação dela resultante;

A segunda espécie de círculo hermenêutico, traduz-se numa relação entre o geral e o particular, entre o todo e a parte. É natural que por vezes haja necessidade uma compreensão da integralidade da regra jurídica, assim como a compreensão da globalidade do sistema jurídico em que a norma se insere. A contrário, também pode operar a compreensão do sistema jurídico, não se mostra possível sem a compreensão das regras que o corporizam. Desta feita, vislumbra-se aqui um elo de coerência entre ambas;

Finalmente, o terceiro círculo hermenêutico apresenta a relação estabelecida entre a regra e os factos em concreto. Como sabemos, as regras caracterizam-se pelo seu carácter geral e abstracto. Pelo contrário, os factos têm que ser perfeitamente identificados, analisados, delimitados, concretos e individuais. Contudo, os factos são de natureza infinita. Deste modo, acabam por ser descritos umas vezes com a ajuda desses elementos ou características, recobertos pelo conceito “pressupostos de facto”, isto é, a situação de vida que o legislador visa regular. Outras vezes, essas características podem levar a aplicação de uma regra.

⁵⁴ PATRÍCIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, p.41.

⁵⁵ PATRÍCIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, p.42.

⁵⁶ Segundo NEVES, Castanheira, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*. Ed. Policopiada. Coimbra: 1968, pp.51 - 52: “Quanto à “verdade” que aqui se visa, devemos ter em conta que ela tem a ver com a realidade da vida, com a acção humana e as circunstâncias do mundo humano, pois a verdade que importa ao direito (e assim, ao processo), não poderá ser outra senão a que traduza uma determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. É ela, pois, uma verdade histórico-prática. A sua modalidade não é a de um juízo teórico, mas a daquela vivência de certeza em que na existência, na vida, se afirma a realidade das situações, com tudo o que nestas de material e espiritual participa”.

⁵⁷ Ainda NEVES, Castanheira, “metodologia jurídica (problemas fundamentais)”, in *Studia Iuridica*. Nº 1. Coimbra. Coimbra Editora: 1993, p.80 – “ (...) a irredutível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do consensus juridico-comunitário das intenções axiológico-normativas da consciência jurídica geral com as suas expectativas juridico-sociais de validade e justiça – e daí

O juiz, personagem eminente e indispensável do processo, de forma alguma se revela um sujeito passivo do direito. Assume um papel activo, dinâmico na administração da justiça.

Ao longo dos tempos, a figura do juiz sofreu uma evolução⁵⁸, uma vez que ao aumentar o papel activo do Estado, aumenta também o do juiz, surgindo o controlo dos actos regulamentares resultantes do poder executivo, isto é, um novo papel que os magistrados judiciais ou do Ministério Público são chamados a desempenhar. Propõem-se assim, a conciliar o interesse público (a descoberta da verdade material) com o particular, assim como os direitos que não conflituam em abstracto mas em concreto.

Esta operação de dizer o direito por parte do juiz, não é uma operação leviana, irreflectida. Decidir em si, implica uma vontade, uma capacidade de decisão, e esta, segundo Kant, implica uma faculdade de julgar crítica. Não é um mero acto de verificação de constatação, não é meramente cognitivo, nada obtido de antemão. A fundamentação, revela-se assim imprescindível.

Actualmente, a dimensão criadora do juiz, tem sido posta em causa. Citando Laborinho Lúcio, “aquela dimensão criadora é hoje dificilmente questionável, surgindo no panorama judiciário actual a figura do «juiz-simples-servidor-da-lei» como verdadeira ficção”. Mais adiante salienta ainda: “Tudo está, portanto, não em aceitar, ou deixar de aceitar, o seu perfil criador, mas antes em torná-lo evidente e portanto criticável, em vez de o manter oculto e, por isso, insindicável”⁵⁹.

Estamos assim convencidos do papel crucial das primeiras informações, do primeiro contacto que o juiz toma com o processo. Estes pré-juízos vão constituir um dos pilares da motivação do juiz. Sem dúvida que as primeiras impressões influenciam, á posteriori, a

também a indispensável e responsável mediação do “intérprete”, quer o momento filosófico-jurídico de toda a realização do direito”.

⁵⁸ Cfr. Capítulo IV, ponto nº4.

⁵⁹ LÚCIO, Laborinho, “subjectividade e motivação no novo Processo Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 1, nº2: 1991, p.208.

análise da apreciação das provas, a interpretação do direito e, conseqüentemente, a decisão final. A objectividade da sentença, não afasta os pré-juízos⁶⁰.

Sendo a fase de julgamento, a fase nuclear do processo penal, em que o Direito é dito e aplicado, o juiz, no seu momento criador, deve pautar-se, como já referimos, por uma conduta objectiva e parcial⁶¹, norteada pelos princípios estruturantes do Direito. Nesta linha de raciocínio, Fernanda Palma afirma que “não podemos afirmar a possibilidade de realização, na sociedade, de uma ideia, quando forem criadas, formalmente, condições de obstrução efectiva da mesma”⁶².

O que nos propomos de seguida, é analisar se o princípio da presunção de inocência é efectivamente assegurado na fase de julgamento⁶³.

1.3- O princípio da presunção de inocência na fase de julgamento

1.3.1 - Actos preliminares da audiência: Saneamento do processo

A fase de julgamento, fase mais importante do processo, pois é aqui que vão ser exibidos, criticados e sujeitos a contradição todas as provas que as partes trouxeram a juízo, nas quais o tribunal irá fundamentar a sua decisão, nos termos do artº.311 nº1 do CPP, estipula que após terem sido recebidos os autos no tribunal, independentemente de ter havido instrução⁶⁴, o presidente pronunciar/se/a sobre eventuais nulidades e outras questões

⁶⁰ PATRICIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, p.42.

⁶¹ Cfr. Capítulo IV, ponto 4.2.3, al.c).

⁶² PALMA, Fernanda, “a constitucionalidade do artigo art.º 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Ano 15, nº60: 1994, p.103.

⁶³ No ponto seguinte, será destacado, em sede de julgamento, a fase de saneamento do processo. A sentença propriamente dita, mormente a sua fundamentação, será abordada em momento posterior, no capítulo IV, ponto 4.2.3 al.f).

⁶⁴ Relembramos que a instrução é uma fase processual facultativa, situada entre o inquérito e o julgamento, cujo regime se situa entre os arts. 286º e 310º CPP. A instrução tem como finalidade a comprovação judicial da decisão proferida pelo MP de deduzir acusação ou de arquivamento, devendo o juiz de instrução praticar todas as diligências necessárias nesse

prévias ou incidentais, que possam obstar a apreciação do mérito da causa, de que possa, desde logo conhecer: “o presidente pronuncia/se sobre as questões prévias ou incidentais⁶⁵ susceptíveis de obstar a apreciação do mérito da causa de que possa, desde logo conhecer”. Mais acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo: “se o processo tiver sido remetido para julgamento sem ter havido instrução⁶⁶, o presidente despacha no sentido: de rejeitar a acusação, se a considerar manifestamente infundada⁶⁷; ou de não aceitar a acusação do assistente na parte em que ela representa uma alteração substancial da acusação do Ministério Público, nos termos do art.º 284º n.º1”, se se tratar, evidentemente, de um crime público ou semi-público. Em caso de crime particular, é a acusação particular que delimita o objecto do processo. O papel destacado que assume a acusação neste momento, como podemos verificar, é ainda mais notório, a partir do momento em que o próprio legislador impõe ao juiz de julgamento uma atenção especial à acusação formulada, caso não tenha havido instrução.

Desta feita, não podemos deixar de salientar o manifesto desequilíbrio do processo a favor da defesa, na altura do saneamento, que consubstancia o primeiro contacto do juiz de

sentido. Após o inquérito ser concluído, o MP encerra-o, ou deduzindo acusação ou, ao invés, proferir despacho de arquivamento em caso de dispensa da pena ou suspensão provisória do processo. Se estiver em causa um crime particular, o assistente, findo o inquérito, poderá deduzir acusação particular, requisito essencial, para o processo prosseguir. Desta feita, chegando aqui, o arguido e o assistente conformam-se com o despacho de arquivamento ou de acusação. Neste último cenário, o processo passa para a fase de julgamento. Caso não se tenham conformado, podem requerer a abertura da fase de instrução. Mais se acrescenta que a instrução visa tão-só determinar se sob o arguido recaem indícios suficientes que o possam submeter a julgamento, ou não. Cfr. art.º 308º n.º1. Esta fase processual encerra sempre com um despacho. Esta pode ser de pronúncia, ou de não pronúncia; MOURA, Souto, “inquérito e instrução”, in *O Novo Código De Processo Penal*. Coimbra. Almedina: 1993.

⁶⁵ Os actos preliminares à audiência de julgamento encontram-se previstos nos arts.311’ a 320’CPP. Contudo, caso se justifique, o juiz poderá eventualmente pronunciar-se quanto a apensação e separação dos processos art.24 e ss, bem como quanto a constituição de assistente no processo art.º 68º n3 al. a).

⁶⁶ BELEZA, Teresa, *Apontamentos De Direito Processual Penal*, Lisboa. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol.I: 1992, p.136 - “ (...) não seria legítimo o Código de Processo Penal estabelecer um regime segundo o qual fosse o mesmo juiz a investigar, acusar e julgar, porque se o fizesse claramente quando o juiz viesse julgar a causa já teria os seus pré-juízos, os seus preconceitos, formados em relação a causa, uma vez que teria desenvolvido o esforço no sentido da investigação e da acusação”.

⁶⁷ Se o presidente considerar a acusação manifestamente infundada, as medidas de coação eventualmente aplicadas, extinguem-se de imediato, com a prolação do despacho que rejeitar a acusação, nos termos do art.º 214º n.1 al.c).

Se a acusação for rejeitada por se considerar manifestamente infundada, ou não aceitação da acusação do assistente ou do MP, a lei confere a possibilidade de interposição de recurso - cfr. arts. 399º e ss.

juízo com o processo. Neste momento, o juiz conhece, no essencial, o processo tal como ele é visto e apreciado pela acusação, o que nos pode conduzir a uma espécie de antecipação da sentença, da condenação do arguido. Não havendo instrução, o arguido só teve oportunidade de manifestar-se em sede de inquérito, fase que, pela sua natureza é essencialmente inquisitória. Sublinhando as palavras de Castanheira Neves, " o que há de particular na acusação – e, do mesmo modo, na pronúncia - é apenas o seu sentido especificamente criminal – o facto de nela se antecipar a análise jurídico-criminal do caso a julgar, de nela se fazer como que um projecto sumário de sentença (condenatória, certamente), quer para justificar juridicamente a acusação deduzida, quer para referir ao arguido as imputações jurídico criminais que em principio lhe são feitas ”⁶⁸.

Como relembra, e bem, Rui Patrício, não deixa de ser curioso a forma como o julgamento propriamente dito se inicia: "o juiz lê ou resume ao arguido a acusação contra ele proferida, perguntando-lhe em seguida o que ele, arguido, sobre tal acusação. Ou seja, a audiência não começa por uma apresentação da acusação por parte da entidade a quem cabe formulá-la e sustenta-la, isto e, ao MP, começa sim por uma apresentação da acusação pelo próprio julgador. O arguido é, desde logo, no início de julgamento, não apenas um sujeito processual, mas o sujeito processual acusado, e não apenas do ponto de vista da entidade acusadora, mas também, de uma certa forma, do ponto de vista da entidade julgadora”⁶⁹.

É legítimo arguir que o arguido pode diminuir esse desequilíbrio, requerendo a instrução, onde terá a oportunidade de contrapor a sua versão dos factos. Mas, mesmo assim, estamos convencidos que ainda assim, o desequilíbrio, a favor da acusação, continua patente. Vejamos: Havendo instrução, e eventuais actos instrutórios que o juiz de instrução considerar oportunos, o processo, chegado à fase de julgamento, apresenta assim as peças processuais da instrução, assim como as diligências instrutórias que foram solicitadas; despacho de acusação proferido pelo MP, enquanto órgão regulador da fase de inquérito. Chamamos a atenção para a não correspondência das diligências probatórias da defesa neste ponto! Outro aspecto importante que gostaríamos de realçar, prende-se com o poder

⁶⁸ NEVES, Castanheira, *Sumários De Processo Criminal*, pp. 249 -250.

⁶⁹ PATRÍCIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, p.62.

conferido ao juiz de instrução⁷⁰. Para que seja proferido um despacho de pronúncia do arguido basta tão-só que sejam recolhidos "indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de medida de segurança".

Neste ponto, é notória, quer haja ou não instrução, a desigualdade qualitativa da eficácia dos meios de prova, o que denota uma afectação do princípio de igualdade de armas, bem como do princípio do contraditório⁷¹. Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que esta estrutura é uma "radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa (...). Só a compensação deste, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas"⁷².

É evidente que essa desigualdade de armas possa existir. Mas apenas a nível quantitativo. Não a nível qualitativo. A propósito do princípio de igualdade de armas⁷³, Cunha Rodrigues afirma que o princípio em causa "significa, assim, a atribuição à acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efectivos os seus direitos"⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. Art.º 308º n.º1 CPP.

⁷¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*. Lições coligidas por Maria João Antunes. Reimpressão 2004: 1974, pp.150-151, afirma: "toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação mas também as da defesa". Desta feita, deve armar-se "o arguido com um efectivo e consciente direito de defesa."

⁷² CANOTILHO, Gomes, Moreira, Vital, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, vol.I, p.516.

⁷³ DIAS, Figueiredo, "sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", in *Jornadas De Processo Penal*. Centro de Estudos Judiciários. Almedina: 1989, p.29 – a propósito do princípio da igualdade de armas, o ilustre Professor sustenta a existência de "um entendimento erróneo, mas que parece com tendência para fazer curso entre nós, do princípio da igualdade de armas entre a acusação e a defesa do julgamento penal. Este princípio (...) não pode, sob pena de erro crasso, ser entendido como obrigando ao estabelecimento de uma igualdade matemática ou sequer lógica. (...) só pode ser entendida com um mínimo aceitável de correcção quando lançada no contexto mais amplo da estrutura lógico-material global da acusação e da defesa e da sua dialéctica. Com a consequência de que uma concreta conformação processual só poderá ser recusada, como violadora daquele princípio de igualdade, quando dever considerar-se infundamentada, desrazoável ou arbitrária; como ainda quando possa reputar-se substancialmente discriminatória à luz das finalidades do processo penal, do programa político-criminal que àquele está assinado ou dos referentes axiológicos que comandam".

⁷⁴ RODRIGUES, Cunha, "sobre o princípio da igualdade de armas", in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Ano 1, fasc.1: 1991, p.91.

Analisando os papéis dos intervenientes no processo, facilmente chegaríamos à conclusão que não podiam ter ao seu dispor os mesmos meios, as mesmas armas. Não é uma igualdade matemática. Elas são por natureza desiguais: a acusação, actua tão-só no seu próprio interesse, fazendo prova dos elementos probatórios que trouxe a juízo (ónus probatório), procurando, por último, a condenação do arguido; a defesa, por seu turno, por não ter o encargo do ónus probatório, não tem necessariamente qualquer dever de colaboração com o tribunal na descoberta da verdade material. Se assim o entender, enquanto estratégia de defesa, pode remeter-se ao silêncio, sem que isso possa prejudicá-lo na sentença; ainda dispõe, como temos vindo a analisar, de uma garantia constitucional de presunção de inocência ate trânsito em julgado; o MP, sendo um órgão orientado para a descoberta da verdade, podendo actuar "a charge e a décharge".

Seguindo o raciocínio até aqui exposto, concluímos que este desequilíbrio qualitativo, mas também temporal que distanciam a acusação e a defesa, é susceptível de retirar eficácia a estratégia da defesa, na medida em que quando esta chega até ao juiz de julgamento, este já teve o contacto com a linha argumentativa da acusação. Essa distância temporal que medeia os dois momentos, nomeadamente em virtude da unidade dos autos e do saneamento do processo, pode efectivamente ser suficiente para interiorizar os pré-juízos que o juiz de julgamento assimilou aquando do primeiro contacto com o processo⁷⁵.

Parece-nos muito clara e objectiva a linha argumentativa traçada por Rui Patrício a este respeito, subscrevendo-a inteiramente: "Ora, este desequilíbrio poderá orientar os pré-juízos que o juiz de julgamento, nesse momento, forma sobre o caso, no sentido da tese da acusação, o que, a nosso ver, é susceptível de por em causa o princípio de presunção de inocência do arguido, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, se esses pré-juízos forem orientados no sentido da tese da acusação, formar-se-á no julgador uma pré convicção de culpabilidade do arguido, ainda antes do inicio da audiência de julgamento, o

⁷⁵ No mesmo sentido, PATRICIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, p.67: "O que, a nosso ver, é susceptível de retirar eficácia à defesa do arguido, pois, no momento em que ela chega ao juiz de julgamento, já houve tempo para se formarem e, porventura, solidificarem pré juízos sobre o caso que vão no sentido do caso da acusação. E, ao poder diminuir a eficácia da defesa, nos termos expostos, a recepção da acusação pelo juiz de julgamento tal como configurada no nosso sistema processual é susceptível de por em causa os princípios do contraditório e da igualdade de armas".

que, não só constitui como que uma inversão do princípio de presunção de inocência do arguido (e do comando dirigido ao juiz de julgamento que ele encerra), como pode conduzir a um ónus da prova para o arguido, pois, se o juiz inicia o julgamento com uma pré convicção de culpabilidade do arguido, se este não provar a sua inocência, poderá ser condenado; em segundo lugar, os referidos pré-juízos, orientados no sentido da tese da acusação, podem conduzir a violação do princípio *in dubio pro reo*, ainda que indirectamente, uma vez que um *non liquet* que, á partida, poderia existir no fim da audiência do julgamento, atendendo a prova aí produzida e aos argumentos aí expendidos, poderá não existir, por força dos referidos pré-juízos orientados no sentido da tese da acusação”⁷⁶.

2 - O princípio *in dubio pro reo*

2.1. – Considerações iniciais

Um primeiro aspecto a reter em relação ao princípio *in dubio pro reo*, consubstancia-se na ideia de que produzidos todos os meios de prova e o tribunal ficar com uma dúvida razoável acerca dos factos de que o arguido é acusado, o tribunal deve absolvê-lo. O tribunal ⁷⁷ não pode ficar com um *non liquet*⁷⁸, não podendo assim abster-se de julgar com base nos factos que é confrontado.

Nesta linha de raciocínio, Costa Pimenta argui que “o princípio *in dubio pro reo* arranca da ideia segundo a qual a liberdade pessoal é um bem inestimável e infungível. Por

⁷⁶ PATRICIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, pp. 71-72.

⁷⁷ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*. Coimbra. Almedina: 1989, p.214 – “O Estado de dúvida da entidade decisória, porém, só é razoável depois de oficiosamente diligenciar no sentido de o ultrapassar”.

⁷⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.84 – “A dúvida sobre a responsabilidade é a razão de ser do processo. O processo nasce porque uma dúvida está na sua base e uma certeza deveria ser o seu fim. Dados, porém, os limites do conhecimento humano, sucede frequentemente que a dúvida inicial permanece a dúvida final, malgrado todo o esforço para a superar. Em tal situação, o princípio politico-jurídico da presunção de inocência imporá a absolvição do acusado já que a condenação significaria a consagração de um ónus de prova a seu cargo, baseado na prévia admissão da sua responsabilidade, ou seja, o princípio contrário ao da presunção de inocência”.

isso, mais vale inclusivamente, na dúvida, andar um criminoso à solta, do que estar um inocente na cadeia”⁷⁹.

2.2 - Enquadramento

O princípio *in dubio pro reo* é reconhecido pela Constituição, nomeadamente no n.º 2 do art.º 32.º, como sucede com o princípio da presunção de inocência, no qual se determina: “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”. Por seu turno, no CPP, muito embora não seja feita uma referência directa ao princípio em causa, ele encontra-se presente em diversas disposições normativas, das quais, a título exemplificativo, destacamos os art.º 61.º e 261.º.

Henrique Eiras⁸⁰ afirma que “o princípio *in dubio pro reo* é conhecido como princípio da presunção de inocência”⁸¹. Entendemos que o primeiro é um corolário, do segundo⁸². A presunção de inocência estabelece quem deve provar o quê em Processo Penal, não existindo⁸³ assim um dever do arguido provar, criar uma dúvida séria, quanto aos factos contra si imputados – não tem ónus de prova, portanto⁸⁴. Por seu turno, o princípio *in dubio pro reo* consubstancia-se no modo como o tribunal deve valorar as provas presentes em sede de julgamento e decidir com base nestas. Portanto, se face às provas apresentadas o julgador não ficar com a convicção de que o arguido é culpado face

⁷⁹ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p.214. No mesmo sentido, VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, tomo I, p.177 – “Como princípio que realiza os direitos fundamentais do cidadão, o *in dubio pro reo* evita que as reacções penais afectem a liberdade dos arguidos”.

⁸⁰ EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*. 8ª Edição. Lisboa. Quid Iuris: 2010, p.64.

⁸¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.83.

⁸² No mesmo sentido, MOURA, Souto, “a questão da presunção de inocência do arguido”, p.27; CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, VITAL, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, vol.I, p.215.

⁸³ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.215-216 – “Não assiste, deste modo, qualquer parcela de razão ao STJ quando afirma, no seu Ac. de 14-07-1971, que «tratando-se duma causa justificativa do facto, circunstância dirimente da responsabilidade criminal, é ao réu que cabe alegá-la e prová-la e por forma a ver afastado o dolo na sua actuação ilícita»”.

⁸⁴ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.211

às provas recolhidas, deverá inocentá-lo. Mais uma vez se vislumbra a ideia garantista⁸⁵ que o legislador pautou na Constituição⁸⁶ e, posteriormente na legislação ordinária, nomeadamente, no CPP.

A decisão contra reum, se vier posteriormente a ser confirmada, fará incorrer o autor em responsabilidade disciplinar. Porém, se esta violação for de tal forma gritante, a entidade decisória poderá incorrer na prática de um crime de denegação de justiça, previsto no art.º 416ºCP. Não obstante, poderão existir outras sanções para as entidades decisórias que violem este princípio, nomeadamente, ser acusada da prática de um crime de prisão ilegal (art.º 417ºCP), caso se venha a confirmar a prisão ou detenção ilegal do arguido; De igual modo, o Estado poderá incorrer na obrigação de indemnizar o sujeito que se viu privado, injustamente, da sua liberdade, caso tenha sido detido ou preso.

Como explica Rui Patrício, “ao afirmarmos que o princípio *in dubio pro reo* é um corolário do princípio da presunção de inocência do arguido, não ignoramos que, na doutrina, não é unânime o entendimento acerca da natureza da relação entre o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência do arguido, não exigindo a história a ligação entre um e outro. Contudo, estamos em crer que, na verdade, o princípio *in dubio pro reo* pode e deve ser visto como um corolário do mais vasto princípio da presunção de inocência do arguido, sendo, afinal, o reverso processual do princípio penal da culpa. (...) O princípio *in dubio pro reo* também se relaciona, por um lado, com o princípio da livre apreciação da prova, pois a dúvida e convicção são indissociáveis (...)”⁸⁷.

2.3 – Âmbito subjectivo e âmbito objectivo

⁸⁵ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, *A Prova Do Crime (meios legais para a sua obtenção)*, p.147 – “O princípio *in dubio pro reo* é, pois, uma garantia subjectiva e além disso uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao arguido, quando não tiver a certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa”.

⁸⁶ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.214

⁸⁷ PATRICIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, pp.31-32.

O princípio *in dubio pro reo* pode ser analisado sob dois prismas: o âmbito subjectivo, por um lado; o âmbito objectivo por outro.

No que concerne ao âmbito subjectivo, afirmamos desde já que este se decompõe em duas faces.

A face activa determina que as autoridades judiciárias, MP, Tribunal, assim como os OPC's, têm assim o dever de zelar pela dignidade do arguido, não o submetendo a uma medida de coacção ou de garantia patrimonial e, posteriormente, a uma pena, que não se coadune com os factos (ou a falta deles) que incriminem o arguido.

Relativamente à face passiva, esta compreende não só o arguido enquanto tal – sujeito processual, formalmente constituído -, assim como o suspeito. Tal afirmação encontra suporte em várias disposições normativas compreendidas no CPP, das quais destacamos: art.º 58º n.º1, al.c); art.º 1º n.º1; art.º 59º n.º1; art.º 250º n.º2 e 4; art.º 251º.

No que tange ao âmbito objectivo, o princípio em análise abrange toda a relação processual penal. E, nessa medida, desde logo, sempre que as autoridades sejam confrontadas com a existência de indícios, estes devem ser analisados rigorosamente, no sentido de determinar posteriormente, se os mesmos são suficientes para constituir o sujeito como arguido num processo crime ou não⁸⁸. Por outro lado, não podemos descurar a existência de factos históricos, nomeadamente a reincidência, assim como a perícia à sua personalidade, que culminará com a aplicação de uma pena ou medida de segurança, como determina o n.º1 do art.º 369º.

Neste ponto, feito o enquadramento do princípio *in dubio pro reo*, e tendo presente que este se circunscreve na ideia de dúvida razoável, é mister indagar acerca dessa dúvida⁸⁹: será que ela compreende apenas matéria de facto ou, de igual modo, matéria de

⁸⁸ Cfr. Capítulo II, ponto n.º7.

⁸⁹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.218-219 – “De distinguir cuidadosamente do âmbito de incidência do princípio *in dubio pro reo* são os casos em que o juiz não logra esclarecer, em todas as suas particularidades juridicamente relevantes, um dado substrato de facto, mas em todo o caso o esclarece suficientemente para adquirir a convicção de que o arguido cometeu uma infracção, seja ele em definitivo qual for. Exemplo: o juiz convence-se que o arguido cometeu um crime patrimonial, embora não consiga determinar, para além da dúvida razoável, se os elementos de facto integram um furto ou um abuso de confiança.

direito. Estamos plenamente convencidos de que a dúvida apenas poderá residir quanto à matéria de facto⁹⁰. Porém, existe doutrina em sentido divergente⁹¹. Como explica Figueiredo Dias, “... a persistência de dúvida razoável após a produção da prova tem de actuar em sentido favorável ao arguido e, por conseguinte, conduzir à consequência imposta no caso de se ter logrado a prova completa da circunstância favorável ao arguido”⁹².

3 - Princípio da verdade material ou da investigação

3.1 - Enquadramento

O processo penal português tem uma natureza essencialmente acusatória⁹³, não obstante a existência de alguns afloramentos do princípio do inquisitório⁹⁴.

Nestes casos ensina-se ser admissível, dentro de certos limites, uma condenação com base em uma comprovação alternativa dos factos. Se assim deve ser ou não constitui, porém, claramente, problema que extravasa do âmbito processual, para ir radicar na interpretação dos tipos aplicáveis, à luz da função de garantia que jurídico-constitucionalmente lhes cumpre”.

⁹⁰ No mesmo sentido, EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, p.64.

⁹¹ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p.215, sustenta que o princípio em causa compreende não só a matéria de facto, como a matéria de direito.

⁹² DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.215.

⁹³ Como explica SILVA, Germano Marques, *Curso De Processo Penal*, vol.II. 4ª Edição. Loures. Editorial Verbo: 1993. pp.128-129, “num processo de estrutura acusatória pura o tribunal deveria limitar-se à apreciação das provas que lhe fossem apresentadas pela acusação e pela defesa, com o que assumiria inteiramente a posição de terceiro «super partes», indiferente à verdade histórica, mas apenas interessado na «verdade» que resultasse da discussão da prova apresentada pela acusação e pela defesa e por ambas produzida perante o tribunal.

Fixado o tema da prova pelas alegações de facto da acusação e da defesa, a estes sujeitos processuais competiria também aduzir os meios para prova dessas alegações. A decisão judicial estaria absolutamente limitada pelas alegações de facto da acusação e da defesa, fixando o objecto do processo e da prova, por uma parte, e pela prova carreada por estes sujeitos processuais, por outra parte; por isso que a «verdade processual» seria uma verdade formal, tanto mais que o objecto da prova seria apenas constituído pelas alegações de facto e a prova dessas alegações também exclusivamente produzida pela acusação e defesa (*iudex iudicare debet secundum aleezata et probata partium*).

Um tal sistema, se é teoricamente aceitável quando se reconheça uma efectiva igualdade de possibilidades por parte da acusação e da defesa, não o é certamente quando a desigualdade existe na prática e na grande maioria dos casos ou, pelo menos, quando se aceita que essa desigualdade possa acontecer e é mesmo provável que aconteça em muitos casos, como a experiência das defesas officiosas o comprova. Acresce que em razão da natureza e fins da própria sanção penal se

Como o juiz não pode ficar com dúvidas (*non liquet*) resultante das provas produzidas pelas partes, é imperativo ultrapassar esse obstáculo, esse estado de incerteza. Nessa medida, a existir ónus da prova, este recai sobre o juiz que fica assim incumbido de providenciar as diligências necessárias ao apuramento dos factos. “Não há lugar para um juiz passivo, impávido e sereno, a assistir ao duelo judiciário entre a acusação e a defesa, que esgrimem as suas armas”⁹⁵. Deste modo, além dos meios de prova oferecidos pela defesa e pela acusação em momento oportuno, nada obsta a que o juiz possa ordenar oficiosamente (ou a requerimento) outros meios de prova que se lhe afigurem necessários à descoberta da verdade e, conseqüentemente, à boa decisão da causa. Isto significa, pois, que o juiz não se contenta para a formação da sua convicção com o material probatório recolhido pelos demais sujeitos processuais. Contudo, esse poder autónomo de investigação

considera insatisfatória a mera «verdade formal» e insuportável admitir-se que alguém possa ser punido penalmente apenas por insuficiência de defesa. Seria eticamente insuportável que tendo o tribunal de decidir sobre a culpabilidade do arguido a convicção dos juízes tivesse de ser formada considerando apenas as provas produzidas pela acusação e defesa o que certamente geraria mais situações de dúvida.

O Estado, a comunidade, não tem um interesse oposto ao do arguido, antes lhe interessa exclusivamente a realização da Justiça: a condenação do culpado e a absolvição do inocente. Esse interesse pode e deve ser prosseguido por todos os órgãos de administração da justiça, nomeadamente pelo MP e pelo tribunal. Por isso que, desde logo, o Ministério Público não intervenha no processo como «parte» e tenha o dever de estrita objectividade, buscando no processo a decisão justa, e por isso também que não se limite o tribunal na procura da verdade, antes se lhe imponha o encargo de procurar a verdade histórica, para melhor realização da justiça, suprimindo assim, demais sujeitos e intervenientes processuais, podendo para tanto ordenar a produção de todos os meios de prova que considere necessários para a descoberta da verdade e da boa decisão da causa e com a mesma finalidade intervir na produção da prova apresentada pelos demais sujeitos processuais. Diz-se agora, por contraposição ao sistema em que o tribunal deve ser passivo na aquisição e produção da prova, que se busca a verdade material.” Cfr. PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, pp.51 e ss.

⁹⁴ BELEZA, Teresa, *Apontamentos De Direito Processual Penal*, p.77 – “A estrutura acusatória aproxima o processo penal do processo civil, tende a ver o processo penal como um processo de partes, entre duas partes que têm pretensões opostas, como é próprio do processo civil. Mas em todo o caso, ainda que a estrutura fundamental seja esta, não é claramente um processo acusatório puro, como em princípio é o processo anglo-americano (...)”. Por seu turno, SANTOS, Gil Moreira dos, *O Direito Processual Penal*, Porto. Asa Editores: 2003, p.60, alega: “ (...) o objectivo do processo penal impõe o afastamento da imperatividade de princípios do processo civil: o ónus de alegação e o ónus de prova.

É que no processo penal, o seu fim é a Justiça e a verdade material.

Daí que a verdade não deva ser a que as partes pretendam ou queiram fazer consagrar, mas a que, de forma válida, se obtenham no processo, enquanto declaração da violação de interesses comunitários fundamentais”.

⁹⁵ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p.142; Cfr. RODRIGUES, Cunha, “princípio da igualdade de armas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 1, nº1: 1991, pp.83-106.

depara-se com um limite: o objecto do processo. Desta feita, o juiz só poderá investigar dentro do âmbito do objecto do processo, que é fixado pelas partes (acusação e defesa)⁹⁶. Resumindo: “ (...) o princípio da investigação pretende-se traduzir antes o poder-dever que ao tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o «facto» sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão”⁹⁷.

Convém ainda lembrar que o princípio em causa abarca não só as questões ligadas à matéria da prova (meios e métodos), assim como todas as diligências inerentes à tramitação processual.

3.2 - Âmbito de aplicação

Em sede de instrução, o princípio da investigação encontra-se postulado no nº4 do art.º 288º. A disposição em causa advoga que o juiz (de instrução) tem o poder-dever de investigar autonomamente os factos que compõem o objecto do processo, não podendo ultrapassá-lo⁹⁸. Outra referência ainda atinente à fase de instrução resulta do nº1 do art.º 299º. Muito embora possa estar marcada uma data para a realização do debate instrutório, nada obsta a que o juiz de instrução, antes ou no decorrer do mesmo, possa tomar as diligências que entretanto se lhe afigurem necessárias para a descoberta da verdade. Por fim, uma terceira referência, encontra-se prevista no nº2 do art.º 304º, em que se prevê o dever do juiz interromper o debate instrutório, “sempre que, no decurso dele, se aperceber que é indispensável a prática de novos actos de instrução que não possam ser levados a cabo no próprio debate”.

⁹⁶ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.192.

⁹⁷ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.148.

⁹⁸ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p.144 – “Não pode, portanto, ultrapassar o thema decidendum, que fica, simultaneamente, a ser o thema probandum.” Por seu turno, ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*. 3ª Edição. Lisboa. Universidade Católica Editora: 2007, p.852, escreve: “O preceito vale, não apenas para decisão sobre a admissão da prova relativa ao objecto do processo, isto é, a prova para “a descoberta da verdade”, mas também para a decisão sobre a prova relativa às questões e incidentes que se suscitam na pendência do processo, isto é, a prova para a boa decisão da causa”.

No que à fase de julgamento⁹⁹ diz respeito, concentramo-nos na análise do n.º 1 do art.º 340¹⁰⁰: “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade¹⁰¹ e à boa decisão da causa”. Por seu turno, o n.º 2 adianta: “se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação¹⁰², dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta”. Verifica-se deste modo a uma restrição do princípio da investigação em sede de julgamento, em virtude do princípio da vinculação temática que restringe os poderes de cognição do juiz. Por conseguinte, este fica impedido de investigar factos que extravasem o objecto do processo.

3.3 - Excepções ao princípio da investigação

⁹⁹ ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.850 – “ (...) Trata-se de direito constitucional concretizado, uma vez que o direito à produção de prova é uma das componentes do direito de acesso ao tribunal (art.20º n.º1 da CRP), do direito de intervenção do ofendido no processo penal (art.º 32º n.º7 da CRP) e das garantias de defesa (art.32º, n.º1, da CRP)”.

¹⁰⁰ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p.144 – “Mas o princípio da verdade material não vale apenas para a relação processual penal. Estende também o seu manto de vigência à relação processual civil encertada. Tal solução resulta do já citado artigos 340º n.º1 e n.º2, que não distingue entre as duas relações processuais, do disposto no art.º 124º n.º2, e, sobretudo, do art.º 78º n.º3. Esta última disposição estabelece a ausência de cominação para a falta de contestação do pedido cível, o que só pode significar a sua indisponibilidade indirecta através dos meios de prova. Isto quer dizer, então, que ao tribunal – e não à vontade das partes – vai deferido o *poder-de-ver* de, também neste domínio, procurar a verdade material. A mesma doutrina resulta do disposto no art.º 80º, al.a). Segundo esta norma, é inadmissível a transacção sobre o pedido cível, com o que se afasta a possibilidade de uma solução meramente processual ou formal.”

¹⁰¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.131 – o princípio da investigação ou da verdade material deve entendido num duplo sentido: “... no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “antológica”, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida”.

¹⁰² ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.851 – “A jurisprudência do TC tem posto a tónica no carácter oficioso da investigação probatória. O juiz pode ordenar a produção dos documentos oferecidos pelo arguido durante a audiência, quando o seu conhecimento se lhe afigurar necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, mesmo que não seja alegada e provada a impossibilidade de os juntar no decurso do inquérito ou da instrução.”

Uma primeira exceção ao princípio da investigação resulta do princípio da legalidade. Com efeito, “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”; ao abrigo do art.º 126º, nº1, assim como do art.º 32º nº6 da CRP.

Uma segunda exceção que podemos salientar, prende-se com a proibição da utilização do conhecimento privado do juiz nas suas decisões. Contudo, nada obsta que possa dar conhecimento nos autos sobre os factos que tem sobre o processo, importantes na descoberta da verdade. Desta feita, poderá assim disponibilizar-se para depor como testemunha no processo, como determina a al.d) do nº1 do art.º 39º. O juiz, por exemplo, viu o arguido praticar um crime de furto e sabe que os factos pelos quais é acusado são verdadeiros. “Todavia, terá que o absolver se a prova não resultar feita no processo – e até na audiência (art.º 355º). A sua decisão estará desconforme com a realidade. Isto não significa que o conhecimento particular que o juiz tenha dos factos não possa ser utilizado na descoberta da verdade. O que significa é que este não o pode utilizar como juiz”¹⁰³.

Mais uma exceção que acarreta o princípio da investigação, encontra-se intimamente ligada com os prazos processuais. Tomamos como exemplo o nº6 do art.º 328º: “O adiamento não pode exceder 30 dias. Se não for possível retomar a audiência neste caso, perde eficácia a produção de prova já realizada”. Deste modo, se na primeira audiência a testemunha afirma peremptoriamente que viu o co-arguido A a disparar o gatilho da arma, e, em virtude da morosidade judicial, a audiência só é retomada tendo já decorrido 40 dias. Aí, nessa segunda audiência afirma que foi o co-arguido B a matar C com um taco de hóquei. Como decorreram mais de 30 dias, a primeira prova produzida (as primeiras alegações da testemunha), perder eficácia. Outro exemplo atinente a prazos processuais, redonda no art.º 165º nº1 (relativo à prova documental), conjugado com os art.º 371º nº1 e o art.º 369º nº2.

Uma quarta exceção a levar em linha de conta prende-se com a extinção do poder jurisdicional¹⁰⁴ do juiz relativamente à causa ou relativamente à resolução de questões prévias, prejudiciais ou incidentais. Isto significa que se o juiz vem, posteriormente, a

¹⁰³ PIMENTA, Costa, *Introdução Do Processo Penal*, p.147.

¹⁰⁴ Cfr. arts 666º e ss do CPC; 410º e ss do CPP.

considerar que existe uma desconformidade entre a sentença e os factos apresentados, já não poderá corrigi-la. Só mesmo interpondo recurso é que a sentença poderá ser alterada.

3.4 - Consequências resultantes da violação do princípio da investigação

A violação do princípio da investigação pode ocorrer de um de dois modos: por defeito ou por excesso. Isto significa que ou o tribunal não tomou as medidas necessárias, não investigou de forma suficiente e eficaz os meios de prova que tinha ao seu dispor; ou, a contrário, a sua investigação extravasou o objecto do processo.

Analisaremos de seguida as consequências que podem operar em casa uma das situações.

Em caso de falta de diligências na descoberta da verdade, podemos apontar três consequências jurídicas resultantes da violação do poder-dever de investigação por parte do tribunal:

Em termos processuais, postula a al.d) do n.º2 do art.º 120º que “a insuficiência do inquérito ou da instrução, por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios, e a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade”, consubstancia-se numa nulidade relativa, sanável, portanto. Poderá, eventualmente, servir como fundamento de recurso, ao abrigo do n.º3 do art.º 410º.

Em termos de responsabilidade criminal, poderá estar em causa um crime de denegação de justiça, previsto e punido pelo art.º 416º do CP, cuja moldura penal contempla pena de prisão até 2 anos ou 120 dias de multa, ao abrigo do n.º1 do art.º 369º.

Uma terceira eventual consequência, traduz-se na responsabilidade disciplinar do magistrado¹⁰⁵.

3.5 - A verdade processual

¹⁰⁵ Cfr. Arts. 80º e ss da Lei n.º21/85, 30 Julho: Estatuto Disciplinar dos Magistrados Judiciais.

É corrente encontrar vários textos em que se faz referência à descoberta da verdade no processo penal¹⁰⁶. Mais ainda: na enunciação dos princípios inerentes a este, a descoberta da verdade material, é um deles. Não obstante, existe alguma doutrina¹⁰⁷ que refuta esta divisão do conceito da verdade em dois institutos, como se fossem completamente distintos: verdade material e verdade formal¹⁰⁸.

A busca do juiz parte de uma série de factos a partir dos quais vai procurar atingir a maior proximidade possível da verdade real, daquilo que verdadeiramente aconteceu. A sua sentença será baseada com base num certo razoável grau de certeza. A procura da verdade é uma questão que deve ficar reservada no âmbito da epistemologia e não do direito processual. Muitas das vezes, é frequente, em virtude de certos factores (por exemplo, decurso de um determinado lapso temporal; morte de uma testemunha; morte de um co-arguido), é impossível atestar a veracidade absoluta da prova recolhida. “As objecções à possibilidade de alcançar a verdade são de índole diversa, mas no que ora nos importa, no

¹⁰⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da, *Filosofia Do Direito*. Porto. Almedina: 2004, p.714 – “A Justiça desdobra-se em várias dimensões. Até porque a Justiça é valor, é princípio, é fim e é virtude”.

¹⁰⁷ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol. II, p.130 – “ (...) não há duas espécies de verdade, mas somente a verdade”.

¹⁰⁸ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.62 e ss; ¹⁰⁸ MATTA, Paulo Saragoça, “a livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in *Jornadas de Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra. Almedina: 2005 pp. 230-233 – O autor refere-se à verdade processual como “aquela que os recursos da Justiça e os limites impostos à acção da Lei logram alcançar. Daí o facto de com habitualidade se distinguir a verdade material da verdade formal.

Verdade formal é a verdade processualmente demonstrada por recurso às provas carreadas para os autos, sujeita a todos os limites que, por definição, tem o espírito humano na tentativa de conhecer e compreender o real, e ainda por aqueles que decorrem da própria vontade do legislador de tutelar os direitos dos cidadãos. Não se acompanha pois a afirmação segundo a que não há duas espécies de verdade, mas somente a verdade. Apenas uma cientificamente reprovável hipocrisia poderá pretender que em juízo o que se conhece é a □verdade□, sendo certo que as mais das vezes o que se demonstrará (ou não), é uma série de factos articulado pelo acusador ou pela defesa que, se articulados de modo sensivelmente diferentes, levaria a demonstrações de carácter oposto. E se isto é particularmente notório em processos de carácter não penal, também acontece em concretos procedimentos penais. Ademais, o conhecimento da verdade na maioria das situações pressuporia uma impossível incursão na mente humana, empreitada essa cuja dificuldade, de patente que é, não necessita de ser sublinhada. (...) □A Verdade□ não constitui, a nosso ver, uma categoria exclusivamente ontica, mas também axiológica e, como tal com uma dose considerável, na respectiva percepção, de dever ser.

Correcto é, pois aceitar que a verdade processual é uma □verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida□. Nem de outro modo poderia ser ”.

âmbito do Direito, podem agrupar-se em três grupos: impossibilidade teórica, impossibilidade lógica e impossibilidade prática”¹⁰⁹.

Falamos, pois numa verdade que é moldada com base em factos históricos, sociais, culturais, filosóficos, morais ou científicos. Por conseguinte, uma vez recolhidos, serão ponderados e confrontados pelo juiz, que, ao abrigo do princípio da imediação, igualmente, por fim, decidirá de forma livre, objectiva e motivada¹¹⁰. Em suma, a verdade analisada pelo tribunal, muito embora o princípio seja enunciado como “material”, é, em bom rigor, uma verdade “processual”¹¹¹. “A verdade processual não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, por ter sido obtida por meios processualmente válidos”¹¹². A verdade processual mais não é do que uma “verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida”¹¹³.

Em jeito conclusivo, Conde Monteiro, ressalva: “O ideal de verdade ao nível da ciência jurídico-penal é isso mesmo, um ideal, impossível de se cumprir na prática. Tal deriva, (...) das condições contextuais que acompanham e estruturam o desenvolvimento concretizador do direito penal ou seja, que se expressam no âmbito do direito processual penal.

Face à inexistência de alternativas a este estado de coisas, teremos naturalmente de aceitar que no fundo a verdade do direito penal é uma verdade contextualizada, que pode ou não coincidir com outro tipo de verdades ou mesmo com a ideia de verdade presente no seu escopo. Daqui deriva assim a existência de criminosos (à luz de outros critérios ou dos mesmos critérios presentes no direito e processo penal) que escapando às malhas (distorcidas ou não) da justiça, não poderão assim ser considerados como tais (numa

¹⁰⁹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.130; No mesmo sentido, CASTANHEIRA, Neves, *Sumários De Processo Criminal (1967-1968)*, pp.49 e ss.

¹¹⁰ Cfr. Art.º 126º CPP e Capítulo IV, ponto 4.2.3, al.c).

¹¹¹ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p. 143.

¹¹² SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.130.

¹¹³ MENDES, João de Castro, *Do Conceito De Prova Em Processo Civil*. Lisboa. Ática: 1961, p.741.

perspectiva jurídico-penal, e ainda a condenação de inocentes, que não sendo culpados passarão, em consequência de tudo isto, a sê-lo. Entre estes dois extremos, encontraremos meios-termos, em que a responsabilização de alguém por um determinado crime poderá ser efectivada (é-o de facto sempre) com mais ou menos distorções, mesmo em face dos pressupostos legais existentes”¹¹⁴.

¹¹⁴ MONTEIRO, Conde Fernando, “o problema da verdade em Direito Processual Penal (considerações epistémicas)”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código do Processo Penal português*. Braga. Coimbra Editora: 2009, pp.330-331.

Capítulo II

(O estatuto do arguido)¹¹⁵

1 – Considerações iniciais

O título III do capítulo VI do CPP, composto pelos arts. 57º a 61º, norteiam a constituição de arguido, assim como os direitos e deveres que lhe assistem. Faremos uma exposição atinente, face ao delineamento da nossa dissertação, à obtenção da qualidade e constituição de arguido, e, posteriormente os seus direitos e deveres.

A exposição que se segue terá, por conseguinte, como primeiro, enfoque os fundamentos estruturantes da constituição do arguido¹¹⁶, previstos na lei. Faremos uma abordagem a cada um, explicitando o seu teor. Num segundo momento, iremos evidenciar que a constituição de arguido não opera automaticamente através da verificação de um desses fundamentos. Será explicado em momento oportuno que tal constituição depende ainda de um iter constitutivo, uma série de requisitos formais, para sermos mais explícitos. Num terceiro momento, serão enunciados e caracterizados os direitos e os deveres que assistem ao arguido no decorrer do processo. Desde já assumimos a ideia de que esta

¹¹⁵ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.428 - “Diz-me como trata o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”.

¹¹⁶ O actual CPP não nos apresenta, pelo menos de forma directa e explícita um conceito de arguido. O seu significado pode ser extraído do conteúdo de diversas disposições normativas, nomeadamente dos arts. 57º a 59º. A contrário, a noção de suspeito encontra-se presente no código, mais precisamente na al.e) do nº1 do art.º1º. Como explicita SANTOS, Gil Moreira dos, *O Direito Processual Penal*, p.153 – “O CPP de 1929 falava de réu, «acusado» - 379º e 382º - «indiciado» - 370º - e «culpado» - 243º. O Decreto-Lei 35 007 falava do arguido na fase introdutória, embora aludisse a «réu» no art.º 22º. A reforma de 1972 corrigiu essa terminologia, definindo o conceito de «arguido», aliás exigência do direito de defesa como direito subjectivo público desse ente processual. Arguido era aquele sobre quem recaíssem fortes suspeitas de ter perpetrado uma infracção, cuja existência estivesse suficientemente comprovada – art.º 251º do CPP de 1929. Ao lado deste surgiu, então, o conceito de «suspeito». «Aquele a respeito do qual se procura na instrução averiguar dos fundamentos de suspeita de ter cometido uma infracção» - art.º 252º do CPP de 1929”.

composição de direitos¹¹⁷ e deveres, mas acima de tudo os direitos, têm como premissa assegurar, acima de tudo, ao arguido um meio de defesa pessoal.

2- Enquadramento

É comumente aceite, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, que o estatuto de arguido pode subdividir-se em duas partes. Distintas, mas complementares. Desta sorte, os arts. 57º e ss, compreendem a parte estática da posição processual de arguido, ou seja, as situações que fundamentam a constituição de arguido. Por seu turno, os arts. 60º e 61º, são disposições relativas à dinâmica da posição processual do arguido.

A divisão constante nos arts. 57º¹¹⁸, 58º e 59º, resulta de uma tripla influência legislativa. A divisão dos fundamentos constituintes do estatuto de arguido presente nos artigos acabados de enunciar, são fortemente influenciados pelo Progetto Preliminare Italiano, dedicado ao indiciado e ao imputado. Por seu turno, mais especificamente, a al.a) do nº1 do art.º 58º, assim como o nº2 do art.º 59º, são inspirados pelo Código do Processo Penal de 1929. Uma terceira influência, remonta à doutrina americana, nomeadamente, a doutrina dos avisos necessários, desenvolvida e aperfeiçoada posteriormente pela jurisprudência a partir da 5ª emenda à Constituição Americana.

Esta divisão pode, legitimamente, em virtude da sua estrutura, suscitar algumas dificuldades interpretativas. Nomeadamente, pelo facto de todos se reportarem a situações constitutivas do estatuto de arguido, e ainda assim, estão divididas por vários artigos, como se tratassem de matérias diferenciadas.

¹¹⁷ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.431 – “O arguido é, pois, sempre e fundamentalmente, sujeito do processo penal que co-determina de forma autónoma a sua conformação e desenvolvimento concretos, e não objecto de uma «inquirição» oficial que lhe seja feita”.

¹¹⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.286 – “O art.º 57º prevê casos de constituição de arguido que antes da reforma de 1998 se operava ope legis”, ou seja, por força da lei. “Com efeito dispõe que assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo e antes da reforma esta constituição era automática. Não o é agora, por força do nº3 do art.º 57º (...)”.

3 – Aquisição da qualidade de arguido

3.1 – Qualidade de arguido

Como evidencia Cavaleiro Ferreira¹¹⁹, o estatuto jurídico do arguido confunde-se “com a evolução da civilização (...)”. Nessa perspectiva, Figueiredo Dias¹²⁰ reconhece: “O estatuto jurídico que ao arguido seja assegurado em certo processo penal constitui, por excelência, a pedra de toque para avaliar do espírito do ordenamento jurídico processual penal respectivo (...) a da forma de conceber as relações entre o Estado e a pessoa individual e a consequente posição desta na comunidade. «Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu» (...)”.

O art.º 57º nº1 do CPP prevê o momento da aquisição da qualidade de arguido¹²¹, determinado deste modo que será interposto “contra aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal¹²²”. Por outro lado, não menos

¹¹⁹ FERREIRA, Cavaleiro, *Curso De Processo Penal.*, vol. I, p.143.

¹²⁰ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp. 427-428; Cfr. MOURA, Souto, “direito e processo penal actuais e consagração dos direitos do homem”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 1, nº4: 1991, pp.567-586.

¹²⁰ COSTA, Eduardo Maia, “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, in *RMP*. Ano 23, nº92, p.67.

¹²¹ A propósito da aquisição da qualidade de arguido, cumpre salientar alguns aspectos importantes. Desde logo, o arguido tem que ser maior de 16 anos (cfr. art.º 19º do CP) no momento em que o processo é instaurado, na medida em que o legislador estabeleceu uma presunção inilidível de inimputabilidade de culpa e, por conseguinte, incapacidade judiciária; outro aspecto relevante, prende-se com a imputabilidade ou inimputabilidade do arguido. Não se vislumbra no CPP uma disposição normativa que determine a proibição de constituição de arguido se se tratar de uma pessoa imputável. Além disso, essa inimputabilidade e a consequente absolvição penal em nada inferem com a condenação em indemnização civil, ao abrigo do art.º 489º do Código Civil. Para uma análise aprofundada da questão, cfr. GONÇALVES, Manuel, “a inimputabilidade penal e o Código de Processo Penal de 1987”, in *Revista do Ministério Público*. Ano 11, nº44, pp.189 e ss. Não podemos ainda descurar a questão da personalidade e capacidade judiciárias do arguido enquanto pressupostos processuais fundamentais. Em caso de morte do arguido (o mesmo se aplica ao suspeito) no decorrer do processo, traduz-se no arquivamento do processo em relação a este.

¹²² Os arts. 58º nº 1 e 59º nº1 CPP contemplam situações de constituição obrigatória de arguido em momento anterior à dedução da acusação ou do requerimento para a abertura de instrução. Vejamos: correndo inquérito contra pessoa certa, esta prestar declarações perante qualquer entidade judiciária ou órgão de polícia criminal; se for aplicada medida de coacção ou garantia patrimonial; se um suspeito for detido, nos termos e para os efeitos dos arts. 254 a 261º CPP; se for

importante, o legislador não olvidou o modo de obtenção dessa mesma qualidade: A constituição de arguido tem lugar através de “uma comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma entidade judiciária ou por um órgão de polícia criminal¹²³, de que a partir desse momento, aquele é considerado arguido num processo penal, da indicação, e se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no art.º 61º que, por essa razão, passam a caber-lhe”¹²⁴. É, pois, uma diligência indispensável para o exercício do direito de defesa em tempo útil.

Ainda a propósito do momento em que o arguido é constituído formalmente: Na verdade, alguns autores, nomeadamente Lobo Moutinho¹²⁵, defendem que a constituição formal só se assume no momento do primeiro interrogatório. Um dos argumentos por si invocados, prende-se, nomeadamente, com a al.c) do n.º1 do art.º 58º, que determina que a constituição de arguido opera nos casos em que haja um suspeito e este é detido. Conclui assim que, apesar da obrigatoriedade do documento constante no n.º3 do art.º 58º, a constituição de arguido só se consuma efectivamente no próprio interrogatório.

Respeitando a posição perfilhada, que merece a nossa consideração, contudo, não partilhamos do mesmo entendimento do autor. Atendendo ao teor literal do n.º2 do art.º 58º, é bem explícito que a constituição de arguido realiza-se bem antes do interrogatório. O arguido é formalmente constituído assim que lhe for comunicado que é arguido num processo-crime: “a partir desse momento deve-se considerar arguido num processo penal”, determina este artigo.

O facto constitutivo da acção penal pode resultar da dedução da acusação (que pode ser pública, se estiver em causa um crime de natureza pública ou semi-pública; deduzida

levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado; durante a inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela praticado.

¹²³ Nos termos do art.º 58º n.º3 CPP, “a constituição de arguido feita por um órgão de polícia criminal é comunicada à autoridade judiciária no prazo de 10 dias e por esta apreciada, em ordem à sua validação, no prazo de 10 dias”.

¹²⁴ Art.º 58º n.º2 CPP; Cfr. MENDES, Paulo Sousa, “estatuto do arguido e posição processual da vítima”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 17, n.º4: 2007, pp. 601-612.

¹²⁵ MOUTINHO, Lobo, *Arguido E Imputado No Processo Penal Português*. Lisboa. Universidade Católica Portuguesa Editora: 2000, p.54.

pelo MP¹²⁶; ou particular, deduzida obrigatoriamente pelo assistente¹²⁷. A dedução da acusação, pode, de igual modo operar por via do requerimento de instrução¹²⁸ (do assistente), perante o arquivamento do inquérito. Porém, atente-se desde já, que nem sempre uma destas situações ocorre. Suponha-se, a título exemplificativo, uma situação em que, não raras as vezes, se aplica ao suspeito uma medida de coação ou, de igual modo, existe uma suspeita fundada da prática de um crime. Ora, nestas situações, exige-se por conseguinte um acto de constituição de arguido de imediato.

Caso o MP não tenha recolhido indícios suficientes na fase de inquérito¹²⁹, ou não tenha descoberto quem foram os agentes, arquiva o processo, como estipula os nsº1 e 2 do art.º 277º CPP. Porém, se a acusação perfilhar um entendimento diverso (ou o próprio arguido), pode requerer a abertura de instrução¹³⁰, proferindo o juiz de instrução, despacho de pronúncia ou não pronúncia. A instrução tem como finalidade comprovar judicialmente a decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, com o intuito de submeter, ou não, o sujeito a julgamento. De qualquer modo, a partir do momento em que a pessoa é constituída formalmente como arguida é preciso rodear o seu estatuto de especiais mecanismos de protecção.

A propósito, alguma doutrina tem-se pronunciado a propósito do modo de obtenção da qualidade de arguido. Costa Pimenta¹³¹ sustenta que nos casos previstos no art.º 57º, a obtenção da qualidade de arguido opera de forma automática, dispensando assim a comunicação descrita no nº2 do art.º 58º¹³². Desta feita, significaria pois, que apenas as

¹²⁶ Cfr. Art.º 283º CPP.

¹²⁷ Cfr. Art.º. 285º CPP.

¹²⁸ Cfr. arts. 286º e ss CPP.

¹²⁹ Uma das consequências da atribuição do estatuto do arguido resulta a ideia de que a contagem para a conclusão do inquérito começa a contar a partir da sua constituição como tal. Cfr. arts. 276º nº3, 107º nº2.

¹³⁰ Cfr. art.º 287º, ns 1 e 2; VEIGA, Raúl, “o juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais”, in *Jornadas de Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra. Almedina: 2004, p.183 e ss.

¹³¹ Cfr. PIMENTA, Costa, *Código Do Processo Penal Anotado*. Lisboa. Rei dos Livros: 1991, 2ª edição, p.198; BELEZA, Teresa, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, p.192.

¹³² E de facto, assim era, antes da reforma de 1998. Como as obras referidas no ponto anterior não foram revistas, este juízo perfilhado pelos autores, encontra-se desactualizado.

situações-fundamento da constituição de arguido (arts. 58º nº1 e art.59º), implicavam a referida comunicação acima descrita. Porém, faz ressalva ao nº2 do art.º 59º, ou seja, nos casos em que é a própria pessoa contra a qual recai uma suspeita, requer a sua constituição como arguida.

Atestamos prontamente o nosso pleno desacordo pela posição sustentada. Estamos convencidos de que, muito embora o legislador não o tenha feito de uma forma expressa e apenas se referindo à comunicação no seguimento do nº1 do art.º 58º, somos apologistas da ideia de que em todas as situações previstas (art.º 57º art.º 58º nº1, art.º 59º), a comunicação deve ser sempre obrigatória. O arguido deve ficar esclarecido acerca da posição processual que passa a assumir no processo, assim como os meios garantísticos que o legislador lhe dispôs para desenvolver a sua estratégia de defesa, um meio de defesa, portanto. Nessa medida, não vemos motivos para se excepcionar o nº2 do art.º 59º. Mesmo que a constituição formal tenha sido a seu pedido, o arguido poderá, ou não, estar esclarecido sobre os seus direitos e deveres. Mais vale, portanto, jogar pelo seguro, informando-o e esclarecendo-o sobre as dúvidas que eventualmente lhe assistirem.

O art.º 60º, determina que a partir do momento em que uma pessoa é formalmente constituída arguida, o CPP, imbuído de um espírito garantista¹³³, assegura-lhe uma série de direitos (e deveres), que incorporam a sua defesa, previstos no art.º 61º. A qualidade de arguido mantém-se ao longo do processo, até trânsito em julgado (ou com a morte do arguido durante o mesmo), sendo irrenunciável durante esse período, nos termos do nº2 do art.º 57º. A partir do momento em que existe uma decisão condenatória, o arguido perde essa titularidade, passando assim à de condenado. De igual modo, nada obsta que na fase de inquérito possa decorrer o processo contra um agente indeterminado¹³⁴, ou contra um mero suspeito.

A jurisprudência actual, em virtude das alterações que o CPP sofreu em 1987 e em 2007, mais recentemente, revela-nos que com a reintrodução do interrogatório obrigatório do arguido, veio diminuir o número de casos em que a aquisição da qualidade de arguido opera por via do nº1 do art.º 57º, ou seja, por via da dedução da acusação e da comunicação

¹³³ Nesse sentido, SANTOS, Gil Moreira dos, *O Direito Processual Penal*, p.155.

¹³⁴ Cfr. art.º 262º nº1 CPP.

que se encontra subjacente, referida no 3º, que por seu turno, reencaminha para o nº2 do art.º 58º, como veremos. Isto sucede, na medida em que sempre que correr inquérito contra pessoa determinada, é imperativo interrogá-la na qualidade de arguido, como determina expressamente o nº1 do art.º 272º¹³⁵, salvo se a pessoa em questão não puder ser notificada. A propósito, isto não significa que a obrigação de notificar o indiciado cesse caso a notificação não seja bem sucedida nesse momento. Bem pelo contrário. Desta forma, cessará a cessação assim que se tornar possível a notificação deste. Mal se apresente ou se tenha conhecimento do seu paradeiro, é obrigatório sujeitá-lo ao primeiro interrogatório, constituindo-o como arguido. Admitindo que ainda não foi localizado, impossibilitando assim sua notificação, isto não significa que a investigação deixe de decorrer. Efectivamente, é possível continuar a investigação e, findo o prazo determinado para o efeito, deduzir acusação. Porém, efectivamente, a existência de um arguido é pressuposto fundamental para acusar e, posteriormente, julgar. Portanto, estar-se-á a adiar o problema para o momento do julgamento. Neste caso, obedece-se à tramitação prevista nos arts. 335º e 337º nº1, assim como à tramitação enunciada no nº2 e ss do art.º 58º, e, conseqüentemente, o arguido é sujeito a termo de identidade e residências (TIR). Contudo, como explica Lobo Moutinho, na fase em questão, o julgamento, merece um tratamento diferente, impondo-se assim uma adaptação ao regime acabado de definir: “O arguido pode requerer instrução ou aceitar a continuação da fase de julgamento, mas, salva invalidade, não se reabre a fase de inquérito. Esta opção introduz alterações na questão do primeiro interrogatório: mantendo-se a acusação, o primeiro interrogatório vê recoberto a sua função pelo direito de requerer instrução (e actos de instrução). Por isso, não persiste, nem a obrigatoriedade de primeiro interrogatório prévio ao julgamento, nem a obrigatoriedade de primeiro interrogatório em instrução requerida pelo arguido que o não tenha promovido”¹³⁶.

Pode acontecer uma situação em que o inquérito decorreu contra pessoa indeterminada, chegando mesmo a deduzir-se acusação particular, ou a um arquivamento

¹³⁵ Determina o nº1 do art.º 272º: “correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não for possível notificá-la”. Em caso de falta injustificada, veja-se o art.º 116º nº2.

¹³⁶ MOUTINHO, José Lobo, *Arguido E Imputado No Processo Penal Português*, p.54.

por falta de indícios. Se se verificar esta última situação, o assistente pode, como vimos, solicitar a abertura de instrução.

Sendo o arguido regularmente notificado, ser-lhe-á entregue uma comunicação, oral ou escrita, constante no n.º 2 do art.º 58¹³⁷.

3.2 – Cessaçãõ da qualidade de arguido

Parece-nos o momento oportuno para chamarmos à colaçãõ a questãõ da cessaçãõ da qualidade de arguido. Relembrando, uma vez mais, o teor do n.º 1 do art.º 57º, “assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusaçãõ ou requerida instruçãõ num processo penal”. Mais: ” a qualidade de arguido conserva-se durante todo o processo”, nos termos do n.º 2.

Aparentemente, é uma disposiçãõ que, á priori, não oferece grandes dificuldades interpretativas. E, efectivamente, não se suscitam grandes dúvidas se o processo tiver apenas um arguido. Porém, hoje em dia, em virtude da complexidade do processo penal (porque foram, por exemplo, praticados mais do que um tipo legal de crime e /ou na sua consumaçãõ estiveram presentes mais do que uma pessoa (autor (es), participante(s), instigador(es)). Neste caso, poderemos obter dois cenários possíveis:

Ex: - São acusados dois co-arguidos, sendo que apenas um deles é pronunciado. Quid iuris quanto à posiçãõ processual deste último?

Hipótese 1: - O não pronunciado, não manteria a qualidade de arguido no julgamento do arguido pronunciado. Isto significa, pois, que a sua posiçãõ como arguido extingue-se.

Hipótese 2 - O não pronunciado, manteria a qualidade de arguido no julgamento do arguido pronunciado. Por conseguinte, assiste-se a um cenário em que existe uma relaçãõ

¹³⁷ Art.º 58º n.º 2 - “A constituiçãõ de arguido opera-se através da comunicaçãõ, oral ou escrita, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de policia criminal, de que a partir desse momento aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicaçãõ e, se necessário, explicaçãõ dos direitos e deveres processuais referidos no art.º 61º que por essa razãõ possam caber-lhe”.

continua entre a qualidade de arguido e o termo do processo. O cenário que se afigura nesta hipótese, seria a continuação do arguido no processo, no qual já não seria arguido, em termos materiais, por assim dizer, mas manteria essa qualidade, formalmente!

Parece-nos que a hipótese do arguido não pronunciado manter a qualidade de arguido nestes termos, deve ser completamente descartada, de modo que, essa qualidade cessa com a resolução do processo que contra si decorria. Parece claro que, neste ponto, o legislador apenas admitiu e formulou a existência de um processo penal no qual é apenas constituído um único arguido. Concomitantemente, caso exista uma pluralidade de arguidos, o art.º 57º n.º2 não deve ser lido e interpretado literalmente, nestes casos. Deve, pois, ser lido com as ressalvas trazidas à colação. Em jeito conclusivo, admitimos que seria inoportável sujeitar o arguido que não foi pronunciado a manter essa qualidade pelo facto do processo prosseguir para julgamento.

4 – Constituição de arguido

A constituição de arguido enquanto sujeito processual, “é o pólo fundamental da qualidade de arguido, já que, com essa constituição¹³⁸, à pessoa como tal constituída é assegurado o exercício de direitos e impostos deveres processuais”¹³⁹.

De seguida, propomo-nos analisar individualmente cada uma das situações-fundamento descritas no CPP, atinentes à constituição de arguido¹⁴⁰.

¹³⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.171 – “A reforma do CPP trouxe importantes novidades: 1º conjugando o art.º 58º n.º1 al.a), com o art.º 272º n.º1, o juiz, o MP ou o OPC’S não têm de constituir arguida e interrogar como tal a pessoa determinada contra quem corre inquérito se não houver suspeita fundada da prática de crime; 2º a constituição como arguida feita por um opc é comunicada à autoridade judiciária competente, com vista à respectiva convalidação; 3º a omissão e a violação das formalidades legais relativas à constituição como arguido obedecem a um regime de inutilizabilidade mais amplo. Todas as alterações visaram reforçar a importância deste acto processual”.

¹³⁹ SILVA, Germano Marques da Silva, *Curso De Processo Penal*, vol. I, p.286

¹⁴⁰ SILVA, Germano Marques da Silva, *Curso De Processo Penal*, vol. I, p.286 apresenta uma noção de arguido: “ (...) pessoa que é formalmente constituída como sujeito processual e relativamente a quem corre processo como eventual responsável pelo crime que constitui objecto do processo»”.

Hipótese nº 1 – “É obrigatória a constituição de arguido logo que: correndo inquérito contra pessoa em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal” - art.º 58º nº1 al.a). A questão nuclear neste ponto assenta na ideia de suspeita fundada. O que é uma “fundada suspeita”? Como teremos oportunidade de desenvolver ulteriormente¹⁴¹, a premissa fundamental a este respeito, assenta na recolha de indícios. Indícios esses que, como veremos, podem ser suficientes (teoria da probabilidade dominante), ou bem pelo contrário, perfilha-se um critério mais rigoroso, assente num juízo qualificado. No nº1 do art.º 59º, o pressuposto estrutural para a constituição de arguido é, uma vez mais, a existência de fundada suspeita. Neste caso, se uma pessoa estiver a ser inquirida num determinado processo, e o mesmo não se dirigir a ela propriamente como arguida, e desse mesmo interrogatório resultarem declarações indiciantes, gera-se a obrigação de a constituir formalmente como arguida de um processo-crime em concreto. A inquirição é suspensa e as autoridades judiciais devem-lhe comunicar que a partir daquele momento irá ser inquirida na qualidade de arguida. Relembramos, uma vez mais, nessa medida, em sede de primeiro interrogatório, é obrigatório a constituição de arguido, sempre ao qual haja “fundada suspeita” da prática de um crime (cfr. art.º 272º).

Tecidas estas considerações iniciais, estamos convencidos que o legislador perfilhou aqui uma ideia de recolha de indícios forte¹⁴². Só se justifica submeter uma pessoa e constitui-la como arguido, naquelas situações em que existam indícios da prática de um crime que apresentem consistência¹⁴³, e que apontem no sentido de que ele é tido como autor do crime. Tal fundamentação da nossa parte, merece ainda suporte na versão originária do art.º 250º CPP: “aquele sobre quem recai forte suspeita de ter perpetrado uma infracção, cuja existência esteja suficientemente comprovada”. Mais ainda: neste mesmo regime, só se constituía o sujeito como arguido se, findo o primeiro interrogatório a que era submetido, resultasse uma forte suspeita de que ele era o autor do crime, anuindo-se por

¹⁴¹ Cfr. ponto 7 do presente capítulo.

¹⁴² Em sentido oposto, MOUTINHO, José Lobo, *Arguido E Imputado No Processo Penal Português*, p.99 – “... Bastará a existência de quaisquer indícios, seja qual for a sua consistência, para que se torne obrigatória a constituição de arguido”.

¹⁴³ Cfr. ponto 7 do presente capítulo.

consequente, a sua responsabilidade criminal. Por outro lado, concentrando-nos no nível de indícios que devem existir para a constituição de arguido, há autores que advogam que bastam meros indícios, que ao longo do processo serão investigados. E eles só deverão ser levados em conta se, no momento do julgamento se revelarem indícios fortes. Isto significa que os juízos indiciários carecem de uma evolução. Deverão ser mais consistentes, mais fortes em sede de julgamento porque é aí que se faz fé das provas trazidas a juízo e avaliadas pelo juiz.

Hipótese nº 2 – “Tenha de ser aplicada¹⁴⁴, a qualquer pessoa, uma medida de coacção ou de garantia patrimonial” – al.b) nº1 art.º 58º.

Este artigo tem de ser relacionado com o nº1 do art.º 192º, que postula que “a aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial depende da prévia constituição como arguido, nos termos do art.º 58º, da pessoa que delas for objecto”.

A propósito do art.º 192º nº1, merece um breve esclarecimento. Sendo que as medidas de garantia patrimonial tanto podem ser aplicadas ao arguido como a outras pessoas, as medidas de coacção, por seu turno, apenas podem ser aplicadas ao arguido. Daqui se infere que o nº1 do art.º 192º apenas se refere ao imputado e não a outros sujeitos, como por ex., um eventual responsável meramente civil.

Tenhamos por assente a ideia de que, antes de mais, o imputado deve ser constituído arguido. Num segundo momento, será submetido ao primeiro interrogatório judicial. E só aí lhe deverão ser aplicadas as medidas de coacção ou de garantia patrimonial que convierem. Não obstante, Germano Marques da Silva escreve: “ (...) embora excepcionalmente, essas medidas possam ser aplicadas sem que antes tenha sido dada ao arguido qualquer possibilidade de defesa (art.º 192º nº2)”¹⁴⁵. Neste momento, perguntamo-nos quem tem legitimidade para as aplicar. Relembramos que a aplicação das medidas de coacção é requerida ao juiz de instrução pelo MP, ao abrigo do nº1 do art.194º e pelo art.268.º nº1 al.b), assim como pelos nºs. 2 e 3 do mesmo artigo.

¹⁴⁴ Cfr. art.º 194º nº2.

¹⁴⁵ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.288.

Para o efeito, como determina o nº3 do art.º 59º, “a constituição de arguido feita por órgão de polícia criminal é comunicada à autoridade judiciária no prazo de dez dias e por esta apreciada, em ordem à sua validação, no prazo de dez dias”.

O primeiro interrogatório do arguido é submetido à tramitação contemplada no art.º 141º.

Hipótese nº 3 – “Um suspeito for detido¹⁴⁶, nos termos e para os efeitos previstos nos arts. 254 a 261” – al.c) do nº1 do art.º 58º - esta alínea postula aquelas situações de detenção, remetendo para os outros artigos do CPP. “Na constituição de arguido a pedido do suspeito, quando considere estarem a ser feitas diligências destinadas a comprovar a imputação que pessoalmente o afecte, podem suscitar-se conflitos entre a autoridade judiciária ou OPC, que procede à diligência, e o suspeito, por aqueles considerarem que as diligências não o afectem pessoalmente. Neste caso, se a divergência se mantiver, o suspeito não poderá deixar de responder, mas se vier a confirmar-se a sua razão, as declarações por si prestadas não podem ser utilizadas como prova contra ele (art.º 59º nº3)”¹⁴⁷.

Hipótese nº4 – For levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e o auto for comunicado a essa pessoa – al.d) do nº1 do art.º58º.

Uma vez que com a constituição de arguido o seu estatuto processual e social se alteram. Por conseguinte, o arguido tem legitimidade para interpor recurso deste acto processual sempre que tenha sido realizado ou ordenado pelo juiz (cfr. ar.º399º). Se, pelo contrário, a constituição foi realizada ou ordenada pelo MP, o acto processual em causa admite possibilidade de recurso para o superior hierárquico do magistrado do MP que, por seu turno, poderá ordenar a revogação do acto ao inferior hierárquico (cfr. art.º 48º). Se, a constituição de arguido for feita por OPC¹⁴⁸, esta não carece ser validada caso tenha sido

¹⁴⁶ Relembramos que a entidade policial que não for opc pode levantar auto de notícia, ao abrigo do art.º 243º. No entanto, não pode constituir como arguido o suspeito, nos termos do nº2 do art.º 58º.

¹⁴⁷ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, pp 288-289.

¹⁴⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.173 – “Os efeitos do regime da convalidação da constituição como arguido são problemáticos. Há quatro situações possíveis: a) o opc não comunica ou comunica fora de prazo à autoridade judiciária a constituição como arguido; b) o opc comunica à autoridade judiciária a

ordenada pela própria autoridade judiciária. Desta feita, o arguido poderá interpor recurso do despacho judicial que o decretou e o constituiu como arguido ou poderá reclamar para o superior hierárquico do magistrado do MP. O prazo legal começa a contar a partir do dia da constituição do arguido e não, ao invés, da data do despacho que a ordenou.

5 – O iter da constituição de arguido

Porém, a constituição obrigatória do arguido não se esgota no art.º 57º nº1 (“contra quem for deduzida acusação”) – dedução de acusação e requerimento para instrução. Por seu turno, o art.º 58º CPP, tal como o art.º 59º, elencam uma série de situações de constituição do arguido igualmente obrigatórias.

Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente¹⁴⁹, a constituição formal do arguido não opera simplesmente com a verificação dos factos contemplados nos art.57º nº1, 58º nº1, assim como no art.º 59º nº1 e nº2. Para tal, é necessária a verificação do iter constitutivo, de carácter formal, constante no nº2 e ss do art.58º. Por seu turno, o nº3 do art.º 57º¹⁵⁰ e o nº 3 do art.º 59º, remetem para o primeiro. Isto significa que, independentemente do facto que esteja subjacente à constituição de arguido, os requisitos formais são os mesmos.

Analisaremos os mesmos de imediato.

constituição como arguido dentro do prazo, mas este omite a validação; c) o opc comunica à autoridade judiciária a constituição como arguido dentro de prazo, mas esta valida fora de prazo; d) o opc comunica à autoridade judiciária a constituição como arguido dentro do prazo, mas este rejeita a validação, isto é, a testemunha foi indevidamente constituída como arguido. A omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova”.

¹⁴⁹ Cfr. ponto 3.1 do presente capítulo.

¹⁵⁰ Na redacção original do CPP, não constava o actual nº3 do art.º 57º. Como tal, insurgiram-se algumas vozes no sentido de que na situação prevista no nº1, por oposição às situações previstas nos artigos seguintes, não carecia de comunicação. SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*. Coimbra. Coimbra Editora: 1999, pp.71 e ss, apresenta entendimento diverso, do qual partilhamos, no sentido de reconhecer que esta exigência de comunicação deve ser rigorosamente obedecida em todos os casos, fazendo uma interpretação analógica.

Destarte, o nº2 do art.º 58º determina que “a constituição de arguido opera-se através da comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de policia criminal¹⁵¹, de que a partir desse momento aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação¹⁵² e, se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no art.º 61º que por essa razão passam a caber-lhe”. Não obstante, saliente-se que a constituição de arguido em momento posterior ao devido constitui mera irregularidade processual. Feita a comunicação descrita, procede-se à entrega de documento onde conste a identificação do processo e do defensor, assim como os direitos e deveres processuais que lhe assistem, como postula o nº4 do art.º 58º. A reforma que operou em 1987 e, posteriormente, em 2007, veio restabelecer a obrigatoriedade do primeiro interrogatório¹⁵³, sempre que corra inquérito contra pessoa determinada, sujeitando-o a termo de identidade e residência. Quanto a este requisito, parece-nos ser de aplaudir, porquanto o interrogatório não pode ser visto como (mais um) meio de prova. É mais que isso: um meio de defesa do arguido. Como tal, este deve dispor na sua esfera jurídica de direitos que o possam ajudar á sua defesa e, se assim entender, colaborar na investigação, tendo como fim último, a descoberta da verdade material. Por outro lado, o facto de o arguido ser um sujeito processual titular de direitos e deveres limita a discricionariedade, o poder arbitrário que poderia fazer ressentir-se por parte das autoridades judiciárias.

Muito embora o artigo em análise não o refira expressamente, o arguido será sujeito a termo de identidade e residência, em virtude de ter sido constituído arguido. Nessa medida, vem o art.º 192º nº1 fazer a respectiva menção: “A aplicação de medidas de

¹⁵¹ Nessa medida, o nº3 do art.º 58º, vem esclarecer que “a constituição de arguido feita por órgão de policia criminal é comunicada à autoridade judiciária no prazo de dez dias e por esta ser apreciada, em ordem à sua validação, no prazo de dez dias”.

¹⁵² A propósito, o nº4 do art.º 58º determina que “a constituição de arguido implica a entrega, sempre que possível no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e do defensor, se este tiver sido nomeado, e os direitos e deveres processuais referidos no art.º 61º”.

¹⁵³ Cfr. art.º 272º. A propósito, ANDRADE Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*. Coimbra. Coimbra Editora: 1992, p. 87, escreve: “toda a colaboração activa do arguido para a descoberta da verdade há-de passar pela sua liberdade esclarecida”.

coacção¹⁵⁴ e de garantia patrimonial depende da prévia constituição como arguido, nos termos do art.º 58º, da pessoa que delas for objecto”. Consequentemente, estabelece o nº1 do art.º 196º que “a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal sujeitam a termo de identidade e residência lavrado no processo todo aquele que for constituído arguido, ainda que já tenha sido identificado nos termos do art.º 250º”.

Ainda a propósito do termo de identidade e residência, merece-nos tecer algumas considerações a respeito do mesmo, que ainda não tivemos oportunidade de esclarecer.

A sujeição do arguido a TIR, enquanto medida privativa de liberdade, deve obedecer a certos pressupostos na sua aplicação, constantes, nomeadamente no nº1 do art.º 191ºCPP: “ a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei”.

Uma das consequências desta medida concerne na obrigação de não poder alterar de residência, nem tão-pouco se ausentar por um período superior a cinco dias, sem proceder á respectiva comunicação da nova residência ou do lugar onde possa ser encontrado (al.c) nº3 do art.º 186º). O seu incumprimento pode acarretar a aplicação de outras medidas e coacção pelo juiz (nº1 art.º 203º).

O arguido pode sempre fazer-se representar pelo seu defensor nas diligências que pode ou deve se encontrar presente, assim como a realização da audiência seja realizada na ausência do primeiro.

6 – Direitos e deveres do arguido

¹⁵⁴ Como ensina EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, p.171 – “As medidas de coacção são restrições impostas à liberdade das pessoas em função de exigências processuais de natureza cautelar. Trata-se de meios processuais limitativos da liberdade pessoal ou patrimonial que têm a função de garantir os fins do processo. Pretende-se com a sua aplicação assegurar a instrução do processo, garantindo a segurança contra a prática de novas infracções e, a final, a aplicação e a execução da pena”. “Na aplicação de medidas de coacção não se ser respeitados os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade. A medida aplicada há-de incluir-se entre os tipos taxativamente previstos na lei”. “A medida concretamente aplicada há-de ser objectivamente necessária, adequada às exigências cautelares que o caso requerer e proporcional à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas”.

6.1 – Enquadramento

Por sua banda, o art.º 59º apresenta mais duas situações de constituição de arguido: o nº1 configura uma situação em que se assiste a uma conversão do inquirido em arguido. Isto significa que uma pessoa estranha ao processo (não é sujeito processual), em virtude das suas declarações, cria no espírito das autoridades judiciais uma forte convicção de que esse indivíduo pode perfeitamente ser o autor do crime que despoletou o processo; O nº2, de igual modo, figura mais uma situação de constituição de arguido. Desta vez, o próprio arguido, solicita de livre vontade à autoridade judicial, aquando da sua inquirição sempre que “estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem”. Interrogamo-nos, neste ponto, sobre a obrigatoriedade que recai sobre a autoridade judicial de aceder a este pedido. Deverá fazê-lo? Suportando inteiramente a posição perfilhada por Simas Santos¹⁵⁵ no seu CPP anotado: “ (...) tratando-se de um direito desta natureza, em que está em causa o estatuto de arguido, há que tudo fazer para o tornar efectivo, favorecendo, até ao máximo possível, o seu exercício amplo. Mas, por outro lado, a entidade junto do qual é formulado o pedido tem o dever de ajuizar se, no caso, estão reunidos os pressupostos legais para que a solicitada constituição de arguido seja deferida, desde logo, a existência de indicação bastante de que o requerente está comprometido com o crime, não vá tratar-se de uma mera simulação, porventura com objectivos contrários ao processo em curso (v.g., inviabilizar a utilização do requerente como testemunha, desviar a investigação dos verdadeiros suspeitos, etc).

No que tange ao art.º 60º CPP¹⁵⁶, este traduz a ideia garantista que o legislador constitucional quis imprimir no Processo Penal. Desta sorte, vislumbra-se a complementaridade que este artigo confere ao nº1 do art.º 32º da CRP¹⁵⁷.

¹⁵⁵ SANTOS, Simas, HENRIQUES, Leal, *Código Do Processo Penal Anotado*, Lisboa. Rei dos Livros: 2008, p.391.

¹⁵⁶ “Desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercício de direitos e de deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei”.

Apesar desta preocupação em munir o arguido com os alicerces necessários ao exercício da sua defesa, tendo presente a presunção de inocência até trânsito em julgado, em nada contende com a aplicação de medidas de coacção ou garantias patrimoniais (arts. 228.º e ss), assim como a sujeição a submeter-se às diligências probatórias legais que lhe forem solicitadas, mormente exames periciais (cfr. arts. 124.º e ss). Não devemos olvidar o objectivo que move o processo penal: a descoberta da verdade material. Sendo certo que tal estatuto não proíbe a tomada de tais medidas, mas limita-as, por certo. O julgador, no momento da sua aplicação deve aplicar a medida que entender, mas sempre atendendo à ideia de necessidade, proporcionalidade e proibição do excesso.

Por seu turno, o art.º 61º corporiza o estatuto do arguido¹⁵⁸, definindo quais os direitos e deveres que lhe assistem¹⁵⁹- cfr. art.º 60º. Não é um elenco taxativo¹⁶⁰. Muitos outros encontram-se previstos e espalhados pelo CPP¹⁶¹. Direitos estes que são a expressão do direito de defesa assim como a manifestação dos princípios do contraditório e da presunção de inocência, vertidos na CRP. Esta ideia de garantias processuais oferecidas ao arguido, encontra-se de igual modo patente, no que concerne à aplicação de medidas de coacção¹⁶².

Vejamos.

¹⁵⁷ “O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa...”.

¹⁵⁸ Cfr. arts. 58º-61º CPP.

¹⁵⁹ A constituição formal de um indivíduo como arguido no processo penal, atribui-lhe um estatuto, comportando direitos e deveres. Nessa medida, DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.431, sustenta que “o arguido é, pois, sempre e fundamentalmente, sujeito do processo penal que co-determina de forma autónoma a sua conformação e desenvolvimento concretos, e não objecto de uma «inquirição» oficial que lhe seja feita”.

¹⁶⁰ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.295.

¹⁶¹ A título de exemplo: art.º 361º - direito à última palavra; o direito de proibir a leitura de declarações suas (art.º 357º); o direito de assistir às buscas (art.º 176º nº1); direito a requerer uma indemnização por detenção ou prisão ilegais ou por ilegalidade da medida de obrigação de permanência na habitação (art.º 225º).

¹⁶² Cfr. arts. 191º a 218º CPP.

Artº. 191º nº1 – “a liberdade das pessoas, só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função das exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e garantia patrimonial previstas na lei”. – Princípios da necessidade, proporcionalidade e proibição do excesso”.

6.2 – Direitos do arguido

No que tange aos direitos o art.º 61º contempla:

6.2.1 - Direito de ser informado dos direitos que lhe assistem

- Al. c) do art.º 61º. – Antes de prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, o arguido deve ter conhecimento da acusação contra si formulada no seu todo, de modo a estruturar a sua defesa, reunir provas que destruam assim a acusação, se assim o entender, já que não recai sobre si nenhum ónus de prova. O arguido deve estar ciente dos factos alegados, mas de igual modo, a sua configuração jurídico-penal (mormente, os requisitos dos elementos constitutivos do crime: acção, típica, ilícita, culposa e punível) e respectiva moldura penal. Este direito de informação encontra-se, de igual modo, patente em outras disposições normativas constantes no CPP, nomeadamente: arts. 58º nº2, 141º nº4, 143º nº2 e 144º nº1.

6.2.2 - Direito de intervenção processual

– Al. g) - Em sede de inquérito ou de instrução, o arguido pode apresentar junto da autoridade que preside à face de inquérito as provas que “se afigurarem necessárias” à sua defesa. Contudo, essas provas ficam condicionadas à sua utilidade e à necessidade das mesmas no processo. Tal ajuizamento é proferido pelo MP, durante o inquérito, e pelo juiz de instrução¹⁶³, na fase de instrução. Como salienta, e bem, Germano Marques da Silva, a alínea em análise “refere apenas o direito de intervenção do arguido na fase do inquérito e da instrução, mas ele tem também o direito de intervir noutras fases processuais, nomeadamente na fase de audiência, fase em que a sua presença e interrogatório são até obrigatórios, como regra”¹⁶⁴.

¹⁶³ Cfr. art.º 268º nº2 (actos a praticar pelo juiz de instrução em função de requerimento do arguido); art.º 271.º nº2 (comunicação ao arguido do dia, hora e local em que terá lugar o depoimento para memória futura); art.º 292º (interrogatório do arguido por iniciativa do juiz de instrução ou a solicitação do próprio);

¹⁶⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, pp.298-299.

O direito de defesa do arguido não se confina a alguns poderes dispersos do arguido para defesa da sua liberdade física e patrimonial posta em causa por providências de natureza cautelar: deve, pois, ser-lhe reconhecido o direito efectivo de participar activamente no processo. Por conseguinte, o arguido goza do direito de pronunciar-se sobre as imputações que lhe são feitas, desde logo no primeiro interrogatório (art.º 272º do CPP) e o regime dos requerimentos memoriais e exposições do arguido (arts. 98º, nº 1, CPP). Goza, muito para além disso, do direito de intervir no inquérito, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias (art.º 61º, nº 1, al. g)) e goza ainda do direito à presença e participação, de uma forma ou de outra, em determinadas diligências (como, por exemplo, e em princípio, as perícias: cfr. art.º 150º, nº 3, do CPP). Este direito de defesa, para ser efectivo exige o conhecimento daquilo que há no processo contra ele, de modo a que ele tenha efectiva oportunidade de se pronunciar e de se defender, colaborando, enquanto estratégia de defesa, se assim o entender, na descoberta da verdade.

6.2.3 - Direito a defensor

– Als. e) e f) – O direito a ser assistido por um defensor¹⁶⁵ comporta duas vertentes: uma primeira, traduz-se na possibilidade de o arguido poder escolher o seu defensor¹⁶⁶, em qualquer fase do processo, nos termos do nº1 do art.º 62º; se, eventualmente o arguido for assistido por mais de um defensor, as notificações que se revelarem oportunas, serão remetidas ao primeiro que tiver sido indicado no acto de constituição. A sua assistência será obrigatória nas situações indicadas no art.º 64º nº1; Se o arguido não tiver constituído defensor nem nomeado um¹⁶⁷, a sua constituição revela-se obrigatória, sempre que for deduzida acusação contra ele, “devendo a identificação do defensor constar do despacho de encerramento do inquérito”, como comporta o nº3. Caso o arguido não disponha de meios

¹⁶⁵ Cfr. art.º 63º CPP; art.º 32º nº3 da CRP.

¹⁶⁶ Como salienta DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.435 – “Este pressupõe, na verdade, que o arguido seja esclarecido (por pessoa da sua confiança ou que, em todo o caso, tenha por função velar exclusivamente pelo interesse da defesa)”.

¹⁶⁷ Cfr. arts. 141º nº2, 297º nº3 e 313 nº1 al.c).

para assegurar a sua defesa, poderá solicitar que lho nomeiem (art.º 64º n.º2, n.º4); A segunda vertente deste direito de defesa contemplado nestas alíneas, reconhece e assegura o direito do arguido comunicar com o seu defensor em privado, via de regra, sem vigilância (al.f) n.º1 art.º 61º);

6.2.4 - Direito ao silêncio e à não auto-incriminação¹⁶⁸

– Al.d) – Consubstancia-se na garantia que o legislador constitucional¹⁶⁹ concedeu ao arguido ao não responder às questões que lhe são formuladas nem ao conteúdo das declarações contra si proferidas. Falamos, pois, do direito ao silêncio¹⁷⁰. Este direito ao silêncio enquanto estratégia de defesa, não pode prejudicar, desfavorecer a sua posição processual. O silêncio não pode ser entendido como assunção da culpa pelo crime cometido¹⁷¹. Ele presume-se inocente até trânsito em julgado da sentença. Isto significa que o seu silêncio não pode ser entendido como indício de culpa ou como circunstância atendível na determinação da pena aplicável. Ao contrário do que sucede com a testemunha, o arguido mesmo que falte à verdade em relação às declarações que proferir, não lhe é imposta pela lei qualquer tipo de sanção. Isto não significa, contudo, que estejamos perante um direito a mentir¹⁷². Saliente-se que este direito ao silêncio comporta

¹⁶⁸ RISTORI, Adriana Dias, *Sobre O Silêncio Do Arguido No Interrogatório No Processo Penal Português*. Coimbra. Almedina: 2007, p.95 - “*Nemo tenetur se deteger, nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum procedere, nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur turpitudinem suam e nemo testis contra se ipsum* são alguns dos aforismos latinos mais utilizados pela abalizada doutrina para identificar o direito de não auto-incriminação”.

¹⁶⁹ Cfr. n.º2 do art.º 32º CRP. Sobre a previsão do direito ao silêncio noutras disposições normativas, cfr. RISTORI, Adriana Dias, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no Processo Penal Português*, pp. 94 e ss.

¹⁷⁰ ANDRADE, Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*, p. 121 – “ (...) o que está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de auto-responsabilidade”.

¹⁷¹ Cfr. n.º1 do art.º 343º.

¹⁷² DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.450-451 – O autor discorda determinadamente da existência de um verdadeiro direito a mentir. Desta feita reconhece que “nada existe na lei, com efeito, que possa fazer supor o reconhecimento de um tal «direito». As soluções legais em matéria de silêncio e de cessação do dever de colaboração explicam-se perfeitamente pela oposição que assim se quer fazer à velha e odiosa ideia inquisitória, segundo a qual o arguido, enquanto meio de prova, poderia ser obrigado – inclusivamente através de meios de coacção física e psíquica, sem excluir a própria tortura – à prestação de declarações que o incriminassem”. “Mas sendo assim, poderia pensar-se

uma excepção: o arguido encontra-se obrigado a falar, dizendo a verdade, acerca das questões que versam a sua identificação¹⁷³.

No que tange acerca das consequências da inobservância do direito ao silêncio, Figueiredo Dias lança o mote: “Têm de considerar-se proibidos e inadmissíveis em

que, podendo o arguido optar livremente entre o silêncio ou o prestar declarações, caso escolhesse esta segunda possibilidade continuaria a recair sobre ele um dever de verdade – ou como mero dever moral, ou mesmo como verdadeiro dever jurídico. A verdade, porém, é que do reconhecimento de um tal dever não ressaltam quaisquer consequências práticas para o arguido que minta, uma vez que tal mentira não deve ser valorada contra ele, quer ao nível substantivo autónomo das falsas declarações, quer ao nível dos direitos processuais daquele (mesmo dos relacionamentos com a prisão preventiva. Com a mesma orientação, SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I., p.297; ANDRADE, Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*, p. 121 – “(..) o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua defesa”. “ (...) nada impende sobre o arguido um dever de colaboração nem sequer um dever de verdade”.

Que concluiremos então? Não existe, por certo, um direito a mentir que sirva como causa justificativa da falsidade; o que sucede simplesmente é ter a lei entendido ser inexigível aos arguidos o cumprimento do dever de verdade, razão por que renunciou nestes casos a impô-lo. Só não compreenderá esta solução quem esqueça que a inexigibilidade não é apenas critério de culpa jurídico-penal, mas também critério apto a decidir, com sentido, da própria ilicitude de um comportamento. E se tem de aceitar-se que ela é princípio normativo para o juiz, quando este se ocupa com determinar a concreta contrariedade ao dever de um certo comportamento, não se pode recusá-lo enquanto princípio para o próprio legislador, quando se preocupa com determinar em abstracto o âmbito dos deveres que há-de impor”; FERREIRA, Cavaleiro, *Curso De Processo Penal*, vol.I p.152 – “ (...) pretende-se que as declarações sejam livres, para que, na medida em que proferidas, possam ser verdadeiras ou pelo menos esclarecedoras. É, por isso, de admitir que o arguido prefira não prestar declarações, para não desrespeitar a verdade, mentindo”.

¹⁷³ Cfr. art.º 342º. Uma das questões em relação à qual o arguido tem o dever de responder com verdade, prende-se com a existência de eventuais processos pendentes, com a alteração preconizada pela Lei nº48/2007, de 29 de Agosto. Não obstante, o Ac. nº695/95 do Tribunal Constitucional, Processo nº 351/95, disponível em www.dgsi.pt, reprovou expressamente a obrigação de responder a esta pergunta, violando-se assim o direito ao silêncio. Acompanhando a linha de raciocínio de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.859, “ (...) se a argumentação constitucional é válida para a pergunta sobre os antecedentes criminais, ela também é válida para a pergunta sobre os processos pendentes, pois o arguido é, em qualquer dos casos, obrigado a pronunciar-se sobre facto que poderia ter querido omitir. Pelo exposto, é inconstitucional o art.º 342º, ns 1 e 2, do CPP, por violar o art.º 32º nº1 da CRP, na parte relativa à existência de processo pendentes”. Já anteriormente, PALMA, Fernanda, “a constitucionalidade do arguido do art.º 342º do Código do Processo Penal (o direito ao silêncio do arguido)”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Ano 15, nº60: 1994. A Professora já se tinha pronunciado pela violação do direito ao silêncio, proclamando, por conseguinte, a inconstitucionalidade do mesmo art.º, aquando da sua redacção constava a obrigação do arguido se pronunciar acerca dos seus antecedentes criminais. Foi precisamente este seu artigo um dos suportes vertidos na argumentação do TC no Ac. referido. Posteriormente, pelo Decreto-Lei nº317/95, de 28 de Novembro, a questão dos antecedentes criminais foi suprida do art.º 342º.

processo penal todos os meios de interrogatório e de obter declarações que importem ofensa à integridade da pessoa humana, à integridade pessoal (física ou moral) do arguido, em especial os que importem qualquer perturbação da sua liberdade de vontade e de decisão”¹⁷⁴. Desta feita, concluímos que, nomeadamente, da conjugação dos arts. 343º nº1, 61º nº1 al.d) e art.32º nº2 da CRP, podemos inferir que a omissão da advertência do direito ao silêncio de que o arguido dispõe, por parte das entidades judiciais, traduz-se na proibição de valoração das suas declarações. Neste sentido atestam Figueiredo Dias¹⁷⁵ e Costa Andrade¹⁷⁶.

6.2.5 - Direito de presença

– Al. a) – Confere o direito do arguido estar presente fisicamente nas diligências processuais¹⁷⁷ que versem sobre a sua pessoa, servindo assim como uma cláusula geral de salvaguarda em relação este¹⁷⁸, uma verdadeira e efectiva garantia do seu direito de defesa. A lei determina algumas situações em que a sua presença é obrigatória¹⁷⁹. A sua inobservância, implica uma nulidade absoluta, nos termos da al.c) do art.º 119º CPP. Esta presença vem assim assegurar a imediação entre o arguido, as provas apresentadas e o

¹⁷⁴ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.454.

¹⁷⁵ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.447 – “Deve pois ligar-se à violação daquele dever de advertência o sentido de uma autêntica proibição de prova, que impedirá que sejam valoradas para o processo as declarações prestadas pelo arguido – a menos, é claro, que este as ratifique em interrogatório posterior em que o dever de advertência tenha sido cumprido”.

¹⁷⁶ ANDRADE, Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal* – referindo-se às disposições normativas quer do CPP, quer da CRP, conclui: “ (...) jogaram invariavelmente no sentido de deixar este entendimento sem alternativa plausível”.

¹⁷⁷ Cfr. arts. 300º e 332º. Contudo, não podemos olvidar as excepções atinentes a este direito, nomeadamente: cfr. arts. 87º nº6 al.e); 325º ns 4, 5 e 6; 334º nº1; 352º.

¹⁷⁸ “A ausência do arguido ou seu advogado pode constituir motivo para marcação de nova diligência se o tribunal o reputar necessário, se for reconhecida a necessidade em despacho motivado pelas específicas razões do caso concreto, justificando o adiamento ou a realização da diligência em questão. A necessidade de assegurar o contraditório na inquirição de testemunhas, e acima de tudo pela prossecução do melhor caminho para a descoberta da verdade, integra razão ponderosa para o adiamento da diligência”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 13 Novembro 2002, disponível em: www.dgsi.pt

¹⁷⁹ Cfr. art.º 332º nº1 .

jugador. Esta ideia da presença do arguido em qualquer fase processual nos termos anteriormente descritos, não só é um direito, mas também é, ao mesmo tempo, um dever, como determina a al. a) do n.º 3 do art.º 61.º.

Nas palavras de Costa Pimenta, “o fundamento do direito de presença assenta na ideia de que ele é o instrumento adequado para, a todo o tempo, assegurar ao arguido a possibilidade de tomar posição sobre o material probatório que contra ele possa ser feita valer e, do mesmo passo, facultar-se uma relação de imediação, quanto aos meios de prova e à entidade que procede à sua escolha”¹⁸⁰.

Denota-se, uma vez mais, o recurso a conceitos indeterminados por parte do legislador, na medida em que não define quais são os “actos processuais que directamente lhe disserem respeito”. Desta forma, compete avaliar cada caso individualmente para os determinar. No entanto, é possível avançar com a ideia de que serão sempre actos que lhe digam respeito, ou seja, todos aqueles que possam submeter-se ao princípio do contraditório, podendo assim o arguido reunir provas que afastem tais afirmações contra si proferidas. Na esteira deste pensamento, Figueiredo Dias¹⁸¹ afirma: “Quer-se dar ao arguido a mais ampla possibilidade de tomar posição, a todo o momento, sobre o material que possa ser feito valer processualmente contra si, ao mesmo tempo que garantir-lhe uma relação de imediação com o juiz e com as provas”.

O art.º 300º n.º 1 destaca a ideia de que o debate instrutório só poderá ser adiado “por impossibilidade de ter lugar, nomeadamente por grave e legítimo impedimento de o arguido estar presente”.

Contudo, a lei prevê determinadas situações, face à peculiaridade das mesmas, em que a audiência de julgamento prosseguirá se o arguido estiver presente. Estamos a falar dos arts. 332º e ss, mas também os 1 e 2 do art.º 353º, assim como o art.º 352º assumem destaque. Feitas as ressalvas contidas nos termos acabados de enunciar, a falta do arguido (ou do seu defensor), nos casos em que a sua presença se revele obrigatória, culmina com uma nulidade insanável, nos termos da al. c) do art.º 119º CPP.

¹⁸⁰ PIMENTA, Costa, *Código Do Processo Penal Anotado*, p.204.

¹⁸¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.431-432.

6.2.6 - Direito de audição

– Al.b) – O direito do arguido a “ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte”, é pois, mais uma das manifestações vertidas no direito de defesa. É necessário fazer a ressalva relativa à distinção entre direito de audição e direito de presença. O legislador faz, efectivamente, essa distinção. Uma coisa é o direito a estar presente nos actos processuais que lhe digam respeito directamente (al.a)); outra, é o direito de ser ouvido pelo tribunal a propósito de decisão que lhe diga directamente respeito¹⁸². Denota-se, pois, que a protecção conferida ao primeiro é mais intensa, precisamente por constituir uma garantia de defesa imprescindível, cuja inobservância culmina numa nulidade insanável. Desta feita, fica desde já assente que a audiência do arguido não implica a sua presença física, nem tão-pouco a sua intervenção processual. O arguido tem o direito de tomar conhecimento sobre as decisões que o possam afectar pessoalmente, mas pode tomar conhecimento das mesmas através do seu defensor.

¹⁸² “É, pois, insustentável a inclusão do direito de audição no de presença, sendo assim de rejeitar o conceito de “ausência processual”, ao menos enquanto equivalente à ausência física, para os efeitos do art.º 119.º, al. c), do CPP”. Uma das manifestações do direito de audição, encontra-se vertida no nº4 do art.º 215º. O referido acórdão vem determinar que a inobservância do prazo previsto acarreta uma irregularidade, e não uma nulidade absoluta: “Não estabelecendo o n.º 4 do art.º 215.º do CPP qualquer prazo específico para o exercício do direito de audição do arguido, esse prazo só pode ser o prazo supletivo do art.º 105.º, n.º 3, do CPP, ou seja, 10 dias. Assim, tendo o arguido sido notificado para se pronunciar sobre a promoção do MP de declaração de especial complexidade do processo, deveria ter-se aguardado o decurso de tal prazo. Tendo a decisão sido proferida antes de decorrido tal prazo de 10 dias, pode concluir-se que foi negado o direito de audição ao peticionante”. Mais à frente conclui: “Consequentemente, o vício praticado, uma vez que não é cominado pela lei como nulidade (absoluta ou, sequer, relativa), constitui uma irregularidade, por força do n.º 2 do art.º 118.º do CPP, que segue o regime do art.º 123.º do CPP.”– cfr. Ac. STJ de 14/11/2007, processo nº 07P4289, disponível em: www.dgsi.pt. Porém, o entendimento da generalidade da jurisprudência, a propósito, perfilha entendimento diverso. Abarcam no direito de audição a ideia de presença física. A título de exemplo, o Ac. da Relação de Coimbra de 26-05-2010, Rec. Penal nº 190/05-6GTNV-C.C1, disponível em: www.dgsi.pt – “No caso de revogação será sempre exigível a audição presencial do condenado quando tiver havido suspensão com sujeição a regime de prova. O condenado terá que ser sempre notificado para comparecer, não bastando a notificação ao seu advogado, visto tratar-se de notificação para comparência em acto a que é obrigado a estar presente. A ausência do arguido, que não foi regularmente notificado para comparecer nos termos acabados de apontar, não tendo sido esgotadas as possibilidades de obter a sua comparência, traduz a nulidade insanável prevista no art.º 119º, al. c) CPP”.

O legislador constitucional ressalva, de igual modo, a necessidade do direito de audiência do arguido, no exercício do princípio do contraditório, no n.º 5 do art.º 32º CRP. Este consubstancia-se, deste modo, no “direito-dever do juiz de ouvir as razões do arguido e demais sujeitos processuais, em relação a questões e assuntos sobre os quais tenha que proferir uma decisão, bem como no direito do arguido intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os elementos do processo, direito que abrange todos os actos susceptíveis de afectarem a sua posição ou de atingirem a sua esfera jurídica”.

Costa Pimenta¹⁸³ sustenta que “não é (...) susceptível de ser exercido quanto a decisões do MP, se atendermos ao teor literal do preceito”. (...) Não escandaliza, porém, que ele possa ser exercido relativamente a actos materialmente jurisdicionais do MP (...), nomeadamente a reabertura do inquérito (art.º 279º), arquivamento do inquérito em caso de dispensa de pena (art.º 280º) e suspensão provisória do processo (art.º 281º). Se assim não for, decisão que pessoalmente afecte o arguido só pode ser entendida, na fase do inquérito, como alguma das previstas nos arts. 268º e 269º - que competem sempre ao juiz de instrução”.

6.2.7 - Direito de recurso

– Al. h) - Atribui ao arguido¹⁸⁴ o direito de recorrer para instâncias superiores da decisão desfavorável proferida contra si, em sinal de descontentamento, solicitando a reapreciação do processo, nos termos do regime postulado no art.º 399º e ss do CPP.

No caso de julgamento na ausência do arguido notificado para a audiência (art.º 333.º, do CPP), o prazo para a interposição de recurso conta-se a partir da notificação da

¹⁸³ PIMENTA, Costa, Código Do Processo Penal Anotado, p.204.

¹⁸⁴ “Posto que, em caso de comparticipação, do recurso interposto por um dos arguidos possa advir proveito para o não recorrente, a possibilidade de modificação ou até de anulação da decisão condenatória não obsta a que se entenda que esta transitou em julgado em relação ao não recorrente e que seja exequível desde o respectivo trânsito”. Ac. do Tribunal da Relação do Porto, 12-05-2010. Rec. Penal n.º 284/06.0gegdm-A.P1 - 1ª Sec., disponível em: www.dgsi.pt.

sentença ao arguido. Este prazo é peremptório, isto é, estabelece o período de tempo dentro do qual o acto pode ser praticado.

“Os Tribunais Superiores têm salientado, *una voce*, que o recurso em matéria de facto assume fulcral importância para a salvaguarda dos direitos constitucionais de defesa e, para tanto, deve a Relação proceder ao efectivo controlo da matéria de facto provada na 1.^a instância, por confronto desta com a documentação em acta da prova produzida oralmente na audiência”¹⁸⁵.

Porém, esta dimensão do recurso não constitui por si só, um novo julgamento do objecto do processo, como se a decisão da primeira instância não existisse. De modo que, o recurso surge assim como uma espécie de remédio jurídico.

Acabamos de analisar detalhadamente os vários direitos que assistem ao arguido, contemplados, taxativamente no art.º 61º n.º1. De seguida, procederemos à análise dos deveres que se encontram subjacentes, concentrados no n.º3 do mesmo artigo.

6.3 – Deveres do arguido

6.3.1 - Dever de comparência

– Al. a) – Implica a comparência do arguido perante “o juiz, o MP ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente convocado”, de modo a que se possam proceder às diligências necessárias atinentes ao processo. Destacamos o dever de comparência na audiência de julgamento, assim como o dever de se manter nela até ao seu encerramento, como determina o art.º 332º. “O dever de comparência há-de ser interposto por lei e o arguido há-de ter sido devidamente convocado, isto é, há-de ser-lhe comunicada ordem de comparência, nos termos do art.º 111º n.º1 al.a)”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Ac. da Relação de Coimbra, 19/08, processo nº3GBCVL.C1, disponível em: www.dgsi.pt

¹⁸⁶ SILVA, Germano Marques da, Curso De Processo Penal, vol.I, p.300.

Nos termos do art.º 116º, a falta injustificada do arguido¹⁸⁷ à audiência de julgamento é susceptível de fazê-lo incorrer em censuras criminais, tais como prisão preventiva, detenção temporária ou condenações pecuniárias.

O dever de comparência do arguido em juízo, maxime à audiência de julgamento (art.º 418.º), não impediu, todavia, o legislador de instituir e regular, entre os processos especiais, o processo de ausentes (arts. 562.º a 586.º). Os réus acusados de qualquer infracção penal cujos processos não pudessem prosseguir por eles não serem encontrados ou por terem faltado a qualquer acto em que a sua comparência fosse necessária eram processados e julgados à revelia nos termos desses artigos.

6.3.2 - Dever de verdade

– Al.b) – O arguido tem a obrigação de responder com verdade às questões que lhe são colocadas acerca do “seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência, sobre a existência de processos pendentes e, se necessário, (o presidente) pede-lhe documento oficial bastante de identificação”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ A falta considera-se justificada segundo as disposições previstas no art.º 117º CPP.

¹⁸⁸ Art.º 342º n.º1. Uma das questões em relação à qual o arguido tem o dever de responder com verdade, prende-se com a existência de eventuais processos pendentes, com a alteração preconizada pela Lei nº48/2007, de 29 de Agosto. Não obstante, o Ac. nº695/95 do Tribunal Constitucional, Processo nº 351/95, disponível em www.dgsi.pt, reprovou expressamente a obrigação de responder a esta pergunta, violando-se assim o direito ao silêncio. Acompanhando a linha de raciocínio de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário Do Código De Processo Penal, p.859, “ (...) se a argumentação constitucional é válida para a pergunta sobre os antecedentes criminais, ela também é válida para a pergunta sobre os processos pendentes, pois o arguido é, em qualquer dos casos, obrigado a pronunciar-se sobre facto que poderia ter querido omitir. Pelo exposto, é inconstitucional o art.º 342º, ns 1 e 2, do CPP, por violar o art.º 32º n.º1 da CRP, na parte relativa à existência de processo pendentes”. Já anteriormente, PALMA, Fernanda, “a constitucionalidade do arguido do art.º 342º do Código do Processo Penal (o direito ao silêncio do arguido)”, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminal*. Ano 15, nº60: 1994. A Professora já se tinha pronunciado pela violação do direito ao silêncio, proclamando, por conseguinte, a inconstitucionalidade do mesmo art.º, aquando da sua redacção constava a obrigação do arguido se pronunciar acerca dos seus antecedentes criminais. Foi precisamente este seu artigo um dos suportes vertidos na argumentação do TC no Ac. referido. Posteriormente, pelo Decreto-Lei nº317/95, de 28 de Novembro, a questão dos antecedentes criminais foi suprida do art.º 342º; Cfr. PEREIRA, Rui “a relevância da lei penal inconstitucional mais favorável ao arguido”, in *Revista de Ciência Criminal*. Ano 1, nº1: 1991, pp. 55-82; Para um aprofundamento da questão dos antecedentes criminais, cfr. VEIGA, Catarina, *Considerações Sobre A Relevância Dos Antecedentes Criminais Do Arguido No Processo Penal*, pp. 55 e ss.

Consequentemente, se o arguido se recusar a responder às questões acabadas de elencar, incorre num crime de desobediência¹⁸⁹. Se, em última ratio mentir, comete um crime de falsas declarações.

Quanto à matéria de facto, nomeadamente os factos que lhe são imputados, o arguido não tem o dever de prestar declarações, nem tão-pouco de falar com verdade¹⁹⁰. Não tem, pois, o ónus de provar a sua inocência, assim como, o seu direito ao silêncio não pode ser tomado juridicamente em seu desfavor.

6.3.3 - Dever de prestar termo de identidade e residência

– Al. c.) – Deve fazê-lo a partir do momento em que é constituído formalmente como arguido¹⁹¹. A partir desse momento, ficará assim submetido a diversas obrigações, nomeadamente: dever de identificação; dever de comparência perante a autoridade competente, se for notificado; de indicar a sua residência, assim como o seu local de trabalho ou, eventualmente, outro local onde possa ser encontrado; dever de se manter à disposição das autoridades, se a lei assim o prever ou se para tal for notificado¹⁹²; de não se ausentar da residência por mais de cinco dias sem comunicação; dever de não mudar de residência sem comunicar a mudança ou onde poderá ser encontrado. Esta medida de coacção pode ser aplicada a qualquer altura do processo, sendo cumulável com qualquer outra medida de coacção ou garantia patrimonial.

No que tange às consequências da violação dos deveres de comparência, de não mudar de residência e de não se ausentar sem comunicar: O arguido será representado pelo seu defensor em todas as diligências processuais em que teria o direito ou o dever de estar presente; por conseguinte, a realização do julgamento será feito na sua ausência; as

¹⁸⁹ A recusa por parte do arguido em responder às perguntas que lhe foram colocadas acerca da sua identidade, faz incorrê-lo no crime previsto e punível pelo art.º 348ºCP. Por seu turno, a falsidade das declarações do arguido sobre a sua identidade constitui crime consagrado no art.º359º do CP. DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.445 – “Esta solução justifica-se, até certo ponto, pelo facto de a comprovação da identidade do arguido constituir questão básica de todo o processo penal, sem todavia dizer directamente respeito à culpa daquele”.

¹⁹⁰ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.450-451.

¹⁹¹ Cfr. art.º196º; art.º 113º nº1 al.c); art.º313º nº3.

¹⁹² Se no momento de efectivar a notificação por via postal simples de arguido que prestou TIR, o distribuidor do serviço postas não puder depositar a carta na respectiva caixa de correio, por esta não existir no local indicado no nº2 do art.º 196º, deve devolvê-la com essa menção, não se considerando assim que a notificação tenha sido efectuada.

notificações postais serão remetidas para a morada que o arguido indicou aquando da constituição do termo de identidade e residência.

6.3.4 - Dever de sujeição a diligências

– Al. d) – No que concerne às diligências de prova, destacamos, nomeadamente, o reconhecimento, o exame¹⁹³ e a acareação¹⁹⁴. Relativamente às medidas de coacção e de garantia patrimonial, previstas na lei e legalmente ordenadas e efectuadas, deve ser feita sempre na esteira do princípio da presunção de inocência. Se o arguido se obstar ou tentar dificultar a obtenção de um exame a coisa que deve ser examinada, poderá ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente, como dispõe o n.º 1 do art.º 172.º.

7 - Indícios suficientes no Processo Penal Português

7.1 – O conceito de “indícios suficientes”

O conceito corrente de “indício”, caracteriza-o como sinal aparente e provável de que uma coisa existe¹⁹⁵. Poderemos caracterizar indícios como um conjunto de factos conhecidos, de elementos probatórios, através dos quais podemos determinar, quer por via de leis científicas, e / ou quer por via da nossa experiência, que aquele facto é susceptível de ter implicado um determinado resultado. A existência de um certo vestígio, sinal, referência factual, são susceptíveis de determinar uma relação directa e causal entre o agente e o crime praticado. Numa caracterização jurídica, socorrendo-nos das explicações de Ana Prata¹⁹⁶, os indícios podem ser definidos como "indicadores de facto que sugerem que o arguido terá responsabilidade criminal no facto criminoso em investigação e que

¹⁹³ Cfr. 171.º e ss.

¹⁹⁴ Cfr. art.º 146.º.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas De Direito Processual Penal*. Coimbra. Almedina: 2005, p.160 – “A avaliação da suficiência exige, assim, um juízo prognóstico sobre a possibilidade de condenação no final da fase do julgamento. O que pressupõe um raciocínio de conjugação entre todos os indícios, por forma a fundamentar esse juízo de prognose”.

¹⁹⁶ PRATA, ANA, VEIGA, CATARINA, VILALONGA, José Manuel, *Dicionário Jurídico*, vol.II, p.262.

poderão ser infirmados ou, pelo contrário, comprovados no decurso do processo, servindo de base, neste ultimo caso, ao substrato fictício para se submeter o arguido a julgamento”.

O juízo de prognose que se encontra subjacente à avaliação da suficiência dos indícios recolhidos, resulta da combinação, do confronto dos mesmos recolhidos na fase de inquérito. Procura-se assim determinar se dos vestígios tidos como meio de prova, existe uma reconstituição lógica dos factos alegados, de modo que, todos combinados nos permitam descobrir como o crime foi praticado e quem o praticou¹⁹⁷.

Determina o nº1 do art.º 283º CPP, “se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios¹⁹⁸ suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o MP (...) deduz acusação contra aquele”. Vislumbra-se, desde já, a ideia de que o conceito de indícios¹⁹⁹ suficientes consubstancia o quid, o núcleo essencial e objectivo que determina o sentido do processo²⁰⁰. Por conseguinte, de seguida, tal núcleo de informações, sinais, vestígios, permitirão determinar a existência da prática de um crime, o seu agente, assim

¹⁹⁷ TEIXEIRA, Carlos Adérito, “indícios suficientes”: parâmetro de racionalidade e “instância” de legitimação concreta do poder-dever de acusar”, in Revista do CEJ. Nº1, 2º semestre: 2004, p.155 - “(...) De onde parece resultar que, na normalidade dos casos, uma acusação sedimenta em provas (e não meros indícios), desde que elas satisfaçam o desígnio de indicição suficiente e ainda que não está excluído que uma condenação se baseie, nos seus aspectos determinantes (v.g. autoria) (como acontece nos crimes de homicídio), apenas em indícios. Pelo que não me parece que decorra, a partir das disposições legais, uma contraposição do sistema entre “indícios” de acusação e “prova” de condenação, para daí fazer derivar uma diferenciação de grau de probabilidade da “verdade” indiciada ou provada”.

¹⁹⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.329 – “A lei equipara expressamente o crivo dos “indícios” e o crivo das “suspeitas” (art.º 1º al.e). Por outro lado, nenhuma diferença existe entre o crivo dos “indícios” e o crivo dos “indícios findados”, nem entre o crivo da “suspeita” e o crivo das “suspeitas fundadas”. O adjectivo “fundado” é redundante, pois, toda a decisão atinente à “indicição”, à “suspeição” e à “imputação” deve ser sempre fundamentada, isto é, deve ser arrazoada, baseada em “razões”, em “fundamentos”, em suma, em argumentos. Dito de outro modo, antes como depois da Lei nº48/2007, só há “suspeita fundada”, como resulta expressamente do art.º 59º, nº1 e 2. Com efeito, o art.º59º nº2, mantém a exigência da mera “suspeita” como fundamento do direito de requerer a constituição como arguido (sobre o perigo da manipulação da distinção entre “suspeita” e “fundada suspeita”).

¹⁹⁹ Relativamente ao conceito de “indício” é definido por muitos autores como um conjunto de provas já recolhidas no processo. Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Penal Preliminar*, p.347.

²⁰⁰ Situação diversa opera em processo civil. Neste, na maioria das situações, o autor não necessita de produzir antes da audiência final a prova dos factos que alega. Para tal, deve apresentar uma petição inicial sem erros formais graves, de modo a que o processo possa prosseguir até à fase de julgamento.

como a sua responsabilidade. Efectivamente, a recolha de indícios suficientes²⁰¹ não se limita a um mero pressuposto instrumental determinante para accionar o procedimento criminal, submetendo o sujeito a julgamento. Mais que isso: trata-se de uma verdadeira decisão de mérito²⁰², através da qual se delimita os contornos, os factos que envolvem o crime, e, conseqüentemente, define o objecto do processo²⁰³. Conclui-se, desde já, que este meio de prova é o meio que estabelece um fio condutor entre os factos trazidos a juízo, delimitando o objecto do processo, e a livre apreciação do julgador²⁰⁴. Não obstante, existem alguns autores, nomeadamente, Paulo Saragoça da Matta, que evidencia, desde logo, as diferenças existentes e assinaláveis entre o conceito de “prova” enquanto meio probatório sujeito a contraditório e analisado em sede de julgamento e “prova indiciária”. “ (...) com a expressão prova indiciária refere-se a Lei ainda a uma situação diversa que nada tem a ver com a relação existente, ou proposta, entre um facto conhecido e um *facto probandum*. Com efeito, prova em sentido próprio apenas se pode considerar existir após a sujeição da mesma ao contraditório pleno, contraditório que não se garante a não ser na audiência de discussão e julgamento (art.º 355º CPP). Sem isso os meios de prova não têm a dignidade legalmente exigida para que possa considerar-se provado um determinado facto. Com semelhante enquadramento entende-se, então, que os meios de prova antes da respectiva produção e sujeição a contraditório apenas têm um valor indiciário; constituem demonstração apenas da suspeita que recai sobre o arguido, i.e., indiciam os *facta probanda*, mas não chegam para considerar provados os factos”²⁰⁵.

²⁰¹ Em alguns artigos, nomeadamente, a al.e) do nº1 do art.º 1º, a expressão aparece no singular, falando-se assim em indício.

²⁰² Entendemos que será sempre uma decisão de mérito, quer o MP proclame, findo o inquérito, despacho de acusação, ou despacho de arquivamento. Porém, em sentido discordante, SILVA, Germano Marques da Silva, *Curso De Processo Penal*, vol. III, p.103.

²⁰³ Como sabemos, apenas nos crimes públicos e semi-públicos, o objecto do processo é fixado pelo MP. A acusação formulada eventualmente pelo assistente, terá de subjuar-se à acusação formulada pelo MP.

Caso o MP determine o arquivamento do processo, o assistente e / ou o arguido poderão solicitar a abertura da instrução. Nesta fase, os indícios recolhidos na fase anterior, serão os elementos determinantes que servirão de base instrutória.

²⁰⁴ Nas palavras de MENDES, Castro, *O Conceito De Prova Em Processo Civil*, p.531 - “o verdadeiro objecto da prova não é a realidade, mas uma representação intelectual apresentada como correspondendo-lhe: atomisticamente, uma afirmação; globalmente, uma versão”.

²⁰⁵ MATTA, Paulo Saragoça da, “a livre apreciação da prova”, in *Jornadas de Processual Penal E Direitos Fundamentais*. Coimbra. Almedina: 2004, p.228.

Ao abrigo do CPP actual, como acabamos de salientar, a acusação do arguido encontra-se dependente da recolha do pressuposto estrutural de todo o processo: a existência, ou não de “indícios suficientes”. A sua insuficiência, determina uma decisão de abstenção da acção penal²⁰⁶. Com a reforma do CPP de 1987²⁰⁷, o nº2 do art.º 283º estabelece uma definição legal de indícios suficientes: “consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”²⁰⁸. Anteriormente, a expressão já aparecia, nomeadamente no CPP de 1929. A legislação anterior a 1987 já usava expressões semelhantes, tais como prova indiciária ou prova bastante.

“ (...) A formulação do juízo de indicição suficiente pressupõe o estabelecimento positivo de dois juízos prévios: o da admissibilidade legal do procedimento ou verificação das condições legais, adjectivas e substantivas; e o da suficiência do inquérito ou realização integral da investigação (...), tendo em vista a decisão de mérito”²⁰⁹.

Revela-se pertinente neste ponto, indagarmos sobre o momento de avaliação da existência ou inexistência de indícios suficientes.

Desde logo, em plena fase de inquérito²¹⁰, compete ao MP no exercício das suas funções, tomar as diligências necessárias para compreender a veracidade dos indícios, ou a falta dela, constante na notícia do crime²¹¹. Consequentemente, como já salientamos, o nº1 do art.º 283º esclarece que “se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios

²⁰⁶ Cfr art.º 277º nº2 CPP – arquivamento por parte do MP; art.º 307º nº1 – decisão instrutória;

²⁰⁷ Anteriormente, com as alterações preconizadas pelo Decreto-Lei 377/77, de 6 de Setembro, o nº2 do art.º 390º introduziu-se a expressão “responsabilidade suficientemente indiciada”.

²⁰⁸ TEIXEIRA, Carlos Adérito. “indícios suficientes”: parâmetro de racionalidade e “instância” de legitimação concreta do poder-dever de acusar”, in *Revista do CEJ*. Nº1, 2º semestre, p.152. “E se por um lado, a lei parece acolher o entendimento doutrinal e jurisprudencial que pontificava no pensamento jurídico dominante, na vigência daquele código, revela, por outro lado, uma intencionalidade de conferir àquela noção uma natureza eminentemente jurídica, não obstante a sua densificação e o seu carácter operativo se mostrem de difícil recorte”.

²⁰⁹ TEIXEIRA, Carlos Adérito, “indícios suficientes”: parâmetro de racionalidade e “instância” de legitimação concreta do poder-dever de acusar”, in *Revista do CEJ*. Nº1, 2º semestre, p.152.

²¹⁰ Cfr. arts 262º nº1 e 263º nº1 CPP.

²¹¹ Cfr. art.º 241º CPP.

suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o MP (...) deduz acusação contra aquele”. Na mesma linha de raciocínio, o nº2 do art.º 277º CPP, determina assim que “o inquérito é igualmente arquivado se não tiver sido possível ao MP obter indícios suficientes da verificação do crime ou de quem foram os agentes”. Sendo o inquérito uma fase marcadamente inquisitória, em que o princípio do contraditório apresenta uma expressão diminuta, é, segundo a linha argumentativa traçada por Rui Patrício, susceptível à concepção de pré-juízos²¹². Os mesmos, tenderão para a formulação de um juízo acusatório.

Em sede de instrução²¹³, fase facultativa, o nº1 do art.º 308º CPP salienta que “se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança, o juiz, por despacho, pronuncia o arguido pelos factos respectivos”. A contrário, caso o juiz de instrução entenda não existirem indícios suficientes que possam conduzir o arguido à fase de julgamento, lavra um despacho de não pronúncia²¹⁴.

Por seu turno, para contrabalançar, em sede de julgamento encontram-se reunidos os vários princípios que norteiam o processo penal, tornando-o assim um processo acusatório, é certo, mas temperado por um princípio da investigação: o princípio da imediação, da concentração, da investigação, da vinculação temática, da acusação e sobretudo, do contraditório e da livre apreciação da prova.

Analisando as disposições normativas enunciadas anteriormente, vislumbra-se a dificuldade de aplicação prática pelo intérprete, na medida em que o legislador socorreu-se de conceitos indeterminados para definir o conceito de indícios suficientes²¹⁵. Compete

²¹² Cfr. PATRÍCIO, Rui, *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*, p.42; Cfr. Capítulo I, ponto 1.2.

²¹³ SILVA, Germano Marques da Silva, *Curso De Processo Penal*, vol. I, p.286 – “A acusação e o requerimento de instrução não pressupõem necessariamente a existência de indícios de responsabilidade do acusado (...)”.

²¹⁴ Cfr. art.º 307º nº1 CPP.

²¹⁵ Nesse sentido, SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas De Processo Penal E Direitos Fundamentais*, pp.157-159 – “A expressão indícios suficientes carece efectivamente de ser esclarecida. Ela não é elucidativa, pois está incompleta”. “ (...) De salientar que o conceito de suficiência dos indícios é utilizado, na acusação e na pronúncia, exactamente com o mesmo significado. Os indícios qualificam-se de suficientes quando justificam a realização de um julgamento. Para o processo penal, a existência de

assim ao intérprete ser ele próprio a determinar o que é considerada “possibilidade razoável”, determinar o que é suficiente, portanto. Suficiência essa que determinará o grau de probabilidade de condenação subjacente ao indício.

Desta feita, propor-nos-emos nas próximas linhas cogitar sobre o conteúdo e a profundidade destes vocábulos, de modo a conseguirmos contribuir para uma aplicação racional e justa deste conceito. Afinal, como já referimos anteriormente, estamos perante uma *condicio sine qua non* da acusação do arguido. Entre a sua condenação e a sua absolvição.

A regra no nosso CPP é da inexistência de ónus da prova a cargo do arguido. Por conseguinte, compete ao MP, nos crimes públicos e semi-públicos impulsionar o processo, desencadeando conseqüentemente a investigação, recolhendo possíveis sinais, provas, vestígios que o conduzam a uma formulação de um juízo sobre o caso. Sendo o processo, em regra, público, não podemos descurar a carga emocional, o estigma criado no espírito do arguido²¹⁶, em virtude das acusações formuladas, o facto de se vir a sentar, certamente, no banco dos réus e ser submetido a julgamento não só em tribunal, mas também pelo julgamento que é feito em praça pública pela comunidade. Nessa medida, compete ao MP uma investigação cabal, tomar as diligências necessárias à descoberta da verdade material. Terminada a investigação, o MP pronunciar-se-á sobre a existência ou não de motivos suficientes para submeter o arguido à última fase do processo penal²¹⁷. Deste modo, afirmamos prontamente que só com uma resposta afirmativa aos pressupostos enunciados, é que o processo avança para julgamento, justificando a sua realização.

Para determinar o alcance do conceito de indício suficiente ou de possibilidade razoável, a doutrina e a jurisprudência têm manifestado o seu contributo. Destarte, destacam-se três correntes que analisaremos de seguida.

suficiência de indícios significa que os indícios são suficientes para submeter alguém a julgamento. O conceito está, assim, directamente ligado ao direito ao bom nome e reputação do cidadão (...).”

²¹⁶ Com entendimento idêntico, cfr. SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.158.

²¹⁷ No processo civil, via de regra, o autor não tem necessariamente que produzir prova antes da audiência final. Deverá apresentar petição inicial, sem erros formais graves, para que o processo possa chegar à fase de julgamento.

7.2 – Medida da suficiência dos indícios

7.2.1 – Suficiência como mera possibilidade

Existem alguns autores que perfilham um conceito minimalista de indícios suficientes²¹⁸. Sustentam que para conduzir o arguido a julgamento, basta que se recolham meros indícios, uma mera possibilidade, por muito diminuta que seja. Esta linha argumentativa redundaria, a nosso ver, numa diminuição da exigência do Código de Processo Penal vigente face ao Código de 1929. Na mesma linha argumentativa, ressalvam a ideia de que o Código de 1929 fazia referência “a possibilidade razoável”, e não a “uma possibilidade razoável”, como determina o nº2 do art.º 283º actual. Vemos, pois, que a questão central, neste ponto prende-se com a utilização de um artigo indefinido, a contrário do código anterior, que postulava o emprego de um artigo definido. Deste modo, o uso de um artigo indefinido por parte do legislador, pretenderia traduzir a ideia de recolha e investigação de todo e qualquer indício, ainda que meramente possível, que se afigurasse.

Um terceiro argumento invocado por esta corrente doutrinária, minoritária, afirma-se desde já, consubstancia-se na ideia de que só a uma condenação comporta uma certeza de conhecimentos e uma prudência na hora de julgar, de dizer o Direito.

No seu entender, esta teoria coaduna-se ainda com a ideia de acusação manifestamente infundada, previsto na al.a) do art.º 311º CPP²¹⁹. Os indícios só não seriam suficientes se a acusação fosse manifestamente infundada.

²¹⁸ Cfr. MOUTINHO, José Lobo, *Arguido E Imputado No Processo Penal Português*, p.99 – “... Bastará a existência de quaisquer indícios, seja qual for a sua consistência, para que se torne obrigatória a constituição de arguido”.

²¹⁹ Cfr. Ac. da Relação de Lisboa, de 14 de Março de 1990. Processo nº 0257923, disponível em www.dgsi.pt

Estamos convencidos da refutabilidade dos argumentos invocados. Desde logo, o regime vigente não comporta, de modo algum, uma ruptura com o regime anterior. Nem tal ideia faria sentido. Estaríamos assim a aplicar uma lei que esbarraria no sistema garantista que a lei processual confere. Se o arguido se presume inocente até trânsito em julgado e se a lei fala em indícios suficientes, essa suficiência terá que assentar num critério fidedigno da razoabilidade dos indícios recolhidos. Não faz sentido termos um sistema processual tão garantista no seu todo, para depois, acusá-lo com base em indícios meramente remotos. Está em causa a dignidade da pessoa humana, acima de tudo.

Quanto à substituição de um artigo definido por um artigo indefinido, parece-nos que não é argumento legítimo para suscitar toda esta linha argumentativa esboçada. Trata-se de um erro gramatical cometido pelo legislador, concerteza, não tão grave assim, ao ponto de por em causa toda a estrutura do processo.

O juiz no momento de proferir a sua decisão, fá-la-á com base na sua convicção, nas regras da experiência, nos termos do art.º 127º. É, portanto, uma certeza subjectiva. Como afirma Castro Mendes, toda a convicção humana é uma convicção de probabilidade²²⁰.

Como ainda adverte Jorge Silveira²²¹, “o princípio da presunção de inocência deve, por isso, ter também incidência directa na formulação do juízo de probabilidade²²². Do princípio da presunção de inocência deve decorrer a proibição de submeter uma pessoa a julgamento penal imputando-lhe factos relativamente aos quais persistam dúvidas razoáveis. Só quando essas dúvidas sejam ultrapassadas, de forma demonstrada, é que será legítimo afirmar a suficiência dos indícios. A honra de uma pessoa não deve ser posta em jogo enquanto subsistirem dúvidas razoáveis quanto ao fundamento da acusação. (...)”

²²⁰ MENDES, Castro, *O conceito De Prova Em Processo Civil*, p. 321.

²²¹ SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.170.

²²² SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.172 – “Assim, o que distingue fundamentalmente o juízo de probabilidade do juízo de certeza é a confiança que nele podemos depositar e não o grau de exigência que nele está pressuposta. O juízo de probabilidade não dispensa o juízo de certeza porque, para condenar uma pessoa, o conceito de justiça num estado de direito exige que a convicção se forme com base na produção concentrada das provas numa audiência, com respeito pelos princípios da publicidade, do contraditório, da oralidade e da imediação. Garantias essas que não é possível satisfazer no final da fase preparatória”.

Excluir o princípio da presunção de inocência da valoração da prova indiciária reduz desproporcionada e injustamente as garantias de defesa do arguido em processo penal, o que contraria a Constituição ”.

7.2.2 Suficiência como maior possibilidade de condenação do que de absolvição

Tal como a classificação determina, o indício será considerado suficiente, sempre que perante a recolha e existência de sinais, vestígios, enfim, provas, conjugadas e relacionadas entre si, se possa inferir uma possibilidade maior de condenação do que absolvição. Esse juízo resulta de um juízo de prognose²²³ no momento de apreciação da suficiência dos factos. Germano Marques da Silva, a propósito, considera que uma possibilidade razoável é uma probabilidade mais que positiva, isto é, recorrendo à linguagem matemática, uma probabilidade superior a 50%²²⁴. É a chamada teoria da probabilidade dominante. Posto isto, para acusar ou pronunciar, a questão que se coloca é: face aos indícios recolhidos, qual é o destino do processo? O que será mais provável? A acusação ou a absolvição do arguido? Desta sorte, se for a absolvição, entende-se que não existem indícios suficientes, e o processo será arquivado; se for a condenação, esses indícios são consistentes, o que determinará a sujeição do arguido a julgamento.

Salientamos que esta tese tem vindo a ser defendida quer pela maioria da doutrina, quer da jurisprudência²²⁵, e, possivelmente, pelo próprio legislador, na medida em que no

²²³ “O juízo de suficiência dos indícios, feito com base na avaliação dos factos, na interpretação das suas intrínsecas correlações e na ponderação sobre a consistência das provas, contém sempre, contudo, necessariamente, uma margem (inescapável) de discricionariedade.

Não se exigindo o juízo de certeza que a condenação impõe – a certeza processual para além de toda a dúvida razoável -, é mister, no entanto, que os factos revelados no inquérito ou na instrução apontem, se mantidos e contraditoriamente comprovados em audiência, para uma probabilidade sustentada de condenação” - Tribunal Relação do Porto, 10-09-2008, Rec. Penal nº195/07.2GBCNT.C1, disponível em www.dgsi.pt

²²⁴ SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Penal Preliminar*, p. 348, nota 13.

²²⁵ “São suficientes os indícios, para efeitos de pronúncia, como de acusação, quando a probabilidade de condenação seja maior que a de absolvição.

A probabilidade de condenação é maior que a de absolvição quando, num juízo de prognose antecipada, se possa afirmar que, se os elementos de prova existentes no inquérito ou na instrução se repetirem em julgamento e aí não forem abalados

nº2 do art.º 283º socorre-se do adjectivo “razoável”²²⁶, que nos remete para uma ideia de moderação, suficiência, mas, certamente, não exigirá uma possibilidade especialmente forte ou qualificada²²⁷.

Outras disposições normativas sustentam a ideia de que o legislador dotou os indícios de uma eficácia moderada, menos exigentes em relação às provas constantes na audiência de julgamento. Vejamos:

Desde logo, a al.a) do nº1 do art.º 58º: “é obrigatória a constituição de arguido logo que: a) correndo inquérito contra pessoa determinada, em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal”; A al. c) do mesmo artigo refere-se, de igual modo a “um suspeito” se for detido, “nos termos e para os efeitos previstos nos arts. 254º a 261º”;

Nessa linha, o nº 1 do art.º 59º sustenta que “se, durante a inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita²²⁸ de crime por ela cometido ...”; por seu turno, o nº2 do mesmo artigo também foca a ideia de “suspeita”;

Por seu turno, o nº1 do art.º 277º, a propósito do arquivamento do processo apresenta um sinónimo de indício suficiente: “prova bastante”.

O art.º 283º, já referido, sustenta que “se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime...”;

Também já evidenciamos o nº3 do art.º 301º que perfilha o entendimento de o juiz recusar “qualquer requerimento ou diligência de prova que ultrapasse a natureza indiciária

ou infirmados por outros aí produzidos, o arguido será seguramente condenado” – Tribunal da Relação do Porto, 11/11/2008, Rec. Penal nº 1 490/2008, disponível em www.dgsi.pt; Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.83.

²²⁶ SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.164 – o professor advoga a ideia de que o emprego do adjectivo “razoável” pelo legislador não deve ser entendido apenas quanto ao grau de exigibilidade, mas sobretudo, visará postular a necessidade da sua adequação “às especiais exigências que os interesses em jogo reclamam”.

²²⁷ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso De Direito Processual Penal*, vol.II, p.85.

²²⁸ A al. e) do nº1 apresenta-nos uma definição de suspeito, sendo esta aquela “pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”.

para aquela exigida nesta fase”. Estamos convencidos de que esta disposição normativa encabeça o juízo de maior probabilidade de condenação do que de absolvição desenhado pelo legislador.

Por seu turno, o n.º 1 do art.º 308º estabelece que “se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança (...)”.

Não podemos deixar de tecer alguns reparos a esta concepção de indícios suficientes. Merece ser aplaudida por um lado, na medida em que se configura com um critério mais forte, mais exigente que a primeira teoria. Contudo, a aplicação de uma probabilidade a um facto, em certos casos poder-se-á revelar tarefa árdua. Como medir essa probabilidade? 30%, 40%? Mais críticos serão aqueles casos em que a dúvida da suficiência é de 49%. E mesmo nas dúvidas acima de 50%. É assim considerado suficiente um indício de 51% como um de 99%! São situações destas, indubitavelmente, que geram desconfiança, incerteza e comentário reprovador por parte da opinião pública, nomeadamente em casos mediáticos, em relação aos quais existem posições incorrectas e mal esclarecidas. E não se estranhe que tal situação ocorra. A questão da prova é uma das questões do processo penal mais complexas e delicadas, e, como tal, os sujeitos em causa (público em geral) podem encontrar-se mal esclarecidos e desprovidos de conhecimentos jurídicos imprescindíveis à compreensão dos factos.

Além disso, tal como sucede na formulação anterior, parece-nos que o inquérito, mais concretamente a recolha de indícios, parece sofrer um nivelamento. Com isto pretendemos dizer que o inquérito servirá como um mero filtro²²⁹ de recolha de indícios suficientes, uma fase de triagem. É um juízo mais fraco, menos exigente, que se satisfaz com uma possibilidade razoável. O grau de probabilidade que se exige no inquérito e, eventualmente, em sede de instrução, será inferior ao que se exigirá em julgamento²³⁰. Isto

²²⁹ SANTOS, Gil Moreira dos, O Direito Processual Penal, p.328, refere-se ao inquérito como uma “triagem”.

²³⁰ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.83 – “ (...) a exigência de «prova» sobre a ocorrência dos factos não é a mesma nas diferentes fases do processo. Enquanto para acusar importa a convicção do Ministério Público sobre a indicição suficiente, e para pronunciar também a indicição suficiente é bastante, já para a

significa que à medida que o processo avança, o nível de probabilidade do juízo indiciário vai aumentando. A própria lei, acalenta esta interpretação. Atente-se o teor literal do nº3 do art.º 301º CPP: “O juiz recusa qualquer requerimento ou diligência de prova que ultrapasse a natureza indiciária exigida nesta fase”. Nessa medida, Germano Marques da Silva, advoga: “A prova indiciária (indiciação suficiente) permite a sujeição a julgamento, mas não constitui prova, no significado rigoroso do conceito, pois que aquilo que está provado já não carece de prova e a acusação e a pronúncia tornam apenas legítima a discussão judicial da causa. Tão-pouco determina uma presunção legal, pois que a prova que pode servir de fundamento à decisão judicial é somente a que tiver sido produzida na discussão da causa, em audiência, e não a que, para fins intermédios do processo, consta do inquérito ou da instrução”²³¹.

Para concluirmos este ponto, em jeito de súpula, estratificaríamos a evolução do grau de exigibilidade e suficiência dos indícios recolhidos: num primeiro momento, com a notícia do crime, adquire-se uma probabilidade, um indício ainda que meramente suficiente. Indício esse que determina o crime em causa e imputa um suspeito da prática do mesmo. É instaurado o inquérito, ao longo do qual o MP vai recolher provas que sustentem a acusação. O suspeito é constituído formalmente arguido e é submetido a julgamento. Nesta fase, entende-se que os indícios apresentados em juízo sejam mais sólidos, fruto da investigação que decorreu, e como tal, é susceptível traduzir-se uma maior probabilidade de condenação do que de absolvição. E esse juízo de probabilidade, transforma-se num juízo de certeza com o culminar da sentença condenatória.

Não obstante, existem vozes que perfilham entendimento diverso, nomeadamente Noronha e Silveira²³². No seu entender, o processo está configurado de modo a que ao longo do mesmo, os argumentos da defesa sejam desconstruídos, de modo a detonar a presunção de inocência de que beneficia o arguido. Destarte, os argumentos, as provas

condenação importa a «prova»”; SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.85 – “a prova é a certeza dos factos”; MATTA, Paulo Saragoça da, “a livre apreciação da prova”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.229.

²³¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol.II, p.85.

²³² SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, pp.167-168.

recolhidas pela acusação terão assim que ter maior consistência ab initio. Essa maior consistência terá que se evidenciar desde logo na fase de inquérito.²³³ Parece lógico que se os indícios recolhidos, que constituem assim prova contra o arguido, se não forem suficientemente sólidos, a sua condenação não vai lograr, por não terem força probatória. A tendência natural é, pois, a do enfraquecimento das provas trazidas pela acusação.

Continuando a explanação da linha argumentativa perfilhada pelo autor em análise, a graduação progressiva que supostamente deveria existir não existe, na medida em que havendo instrução, o juiz de instrução, ao proferir a decisão instrutória, visa comprovar a decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito. Existe, pois, uma equiparação entre indícios suficientes para acusar e suficiência dos indícios para pronunciar. Atente-se que a lei utiliza os mesmos conceitos em ambos²³⁴. Recorde-se que a instrução é uma fase facultativa, de modo que, o juiz de instrução só se pronunciará sobre a suficiência se tal lhe for solicitado (princípio da iniciativa processual das partes) pelo arguido ou pelo assistente, proferindo, posteriormente, despacho de pronúncia ou não pronúncia.

Ainda a propósito da graduação do grau de fiabilidade dos indícios, cumpre esclarecer que existem certos meios de prova, nomeadamente a prova pericial, documentos, reproduções áudio-visuais, que, á priori, mantêm o mesmo grau de fiabilidade nas várias fases processuais, em virtude dos meios científicos que lhe estão subjacentes. E dizemos á priori porque, por vezes, o primeiro teste que é feito ao material, um teste rápido, que depois, posteriormente, na elaboração de um exame mais rigoroso, se revela que aquele pretendo estupefaciente, por exemplo, afinal não era um estupefaciente²³⁵.

²³³ Em sentido contrário, BELEZA, Teresa, “tão amigos que nós éramos – o valor probatório do co-arguido no processo penal português”, in *Revista do Ministério Público*. Ano 19, nº74: 1998, p.55 e ss., aponta uma estratificação do grau de certeza: “Ora por maioria de razão, se é que não mesmo por razões de uma outra, mais «alta», natureza, o grau de segurança da prova em audiência de julgamento tem de ser ainda outro, quando comparado com o da pronúncia. É fundamentalmente esta prova produzida e examinada na audiência em primeira instância que vai configurar o «retracto» juridicamente atendível da história concreta da vida cuja reconstituição tão fiel quanto possível se tenta fazer em tribunal”.

²³⁴ Cfr. Arts. 277º, 283º, 308º CPP.

²³⁵ O exemplo reportado por TEIXEIRA, Carlos Adérito, “indícios suficientes: parâmetro de racionalidade e “instância” de legitimação concreta do poder-dever de acusar”, in *Revista do CEJ*. Nº1, 2º semestre, p.163, revela-se bastante elucidativo a propósito da questão em análise: “No âmbito de uma busca consentida ao veículo de certa pessoa, a polícia encontra e apreende uma expressiva quantidade de um produto que, submetida a teste rápido, foi considerado

Além disso, atendendo ao nº3 do art.º 311º, a apreciação do processo pelo juiz de julgamento nos casos em que não houve instrução, revela-se tão-só uma apreciação meramente formal²³⁶, não comportando assim qualquer juízo relativo à suficiência dos indícios. Esta (suficiência) será atendida para determinar a aplicação de uma pena ou medida de segurança.

7.2.3 – Suficiência como forte probabilidade de condenação

Os defensores desta linha de pensamento²³⁷ argüem que, face à delicada situação em que fica o arguido por lhe ter sido interposto um processo, por poder sentar-se no banco dos réus e enfrentar os pré-juízos da comunidade, só faz sentido se o poder judicial, na figura do juiz, condená-lo e se estiverem reunidos indícios cujo grau de fiabilidade seja elevado. Estaríamos assim face a uma probabilidade muito forte, mais que suficiente, de tal maneira esclarecedora que seria assim predominante. Nessa medida, Figueiredo Dias escreve: “os indícios só serão suficientes e a prova bastante quando, já em face deles, seja de considerar altamente provável a futura condenação do acusado, ou quando esta seja mais provável do que a absolvição”²³⁸. No mesmo sentido, Castanheira Neves²³⁹.

estupefaciente, o que permitiu concluir pelo preenchimento do crime de tráfico de estupefacientes (art.º 21º da Lei 15/93) e, associado aos antecedentes criminais (também de tráfico), esteve na base da aplicação da medida de prisão preventiva. Este é um cenário judiciário, porventura, recorrente, cuja indicição, mais ou menos consensualmente, tem legitimado a aplicação daquela medida de coacção. No entanto, ainda não se mostram reunidos indícios suficientes, mesmo que com reconhecimento dos factos por parte do arguido. Com efeito, neste tipo de crime torna-se imperioso proceder ao exame pericial à pretensa droga, sucedendo, por vezes, que não se confirma tratar-se de substancia estupefaciente. Ou ainda que o arguido altera a versão, supostamente credível, dizendo que tal produto estupefaciente não lhe pertencia e que teria sido colocado na sua viatura por alguém que desconhece.

Ora, se parece legítimo entender que havia “fortes indícios” para efeito de aplicação da medida de prisão preventiva, já se não pode dizer que existam “indícios suficientes” para deduzir acusação, de resto, por vezes, não se convolvendo aqueles neste juízo-padrão”.

²³⁶ Nº3 do art.º 311º, aditado por altura da reforma do processo penal em 1998, pela lei 58/98.

²³⁷ Nomeadamente, SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, pp.167-168.

²³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.133.

Este critério de avaliação de suficiência indiciária assegura as exigências requeridas pelo Estado de Direito Democrático²⁴⁰, mister de um processo equitativo, justo e garantista, tendo como expoente máximo a consagração do princípio da presunção de inocência e o princípio in dubio pro reo, enquanto corolário do primeiro. Ainda a propósito de um processo equitativo, justo e garantista, estamos convencidos de que um dos argumentos gizados pelos defensores desta tese do indício forte pode apontar não só para a protecção do arguido, mas também da melhor administração da justiça. De que forma? Sob o prisma da protecção do arguido, este só seria submetido a julgamento se existissem fortes indícios, havendo assim uma ideia de forte probabilidade de condenação, evitando assim eventuais estigmas e pré-juízos que possam recair sobre a sua pessoa, zelando-se, por conseguinte, pela defesa dos direitos fundamentais do arguido; No que tange à administração da justiça: suponha-se que existem indícios meramente suficientes e, apesar disso, o arguido é submetido a julgamento. No julgamento, o juiz decreta a absolvição do arguido, em virtude do princípio in dubio pro reo. As provas apresentadas revelaram-se assim pouco esclarecedoras. Concomitantemente, o arguido é absolvido. Ora, e se a lei previsse expressamente um conceito de indícios fortes? Neste caso, o arguido não teria sido submetido a julgamento. Certamente o processo seria arquivado e, posteriormente, se viessem a ser recolhidas novos indícios, indícios esses que coadjuvados pelos primeiros compunham uma acusação reforçada, e aí sim, o arguido era considerado culpado e condenado. Como vemos pelo exemplo apresentado, podemos concluir que com o arquivamento do processo e posterior reabertura²⁴¹, o arguido era submetido a julgamento²⁴². Além disso, verifica-se que a administração da justiça teria sido melhor assegurada. Não se tinha “perdido tempo” numa investigação que se revelou insuficiente.

²³⁹ NEVES, Castanheira, *Sumários De Processo Criminal*, p.54. “Deverá sim exigir-se aquele tão alto grau de probabilidade prática quanto possa oferecer a aplicação esgotante e exacta dos meios utilizáveis para o esclarecimento da situação – um tão alto de probabilidade que faça desaparecer a dúvida (ou logre impor uma convicção) ”;

²⁴⁰ SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.163, perfilha entendimento idêntico.

²⁴¹ Cfr. art.º 279º.

²⁴² Cfr. art.º 118º CP.

Esses esforços seriam aplicados noutra processo e / ou num momento posterior de reabertura do inquérito²⁴³.

Concomitante, assistimos a uma diminuição do “espaço de manobra” conferido à acusação e, de igual modo, reforça-se a ideia do poder-dever conferido ao MP, no seu exercício da acção penal que se requer mais eficiente. O MP não tem a obrigação de sujeitar o arguido a julgamento. Se, em virtude das diligências investigatórias não recolher material probatório suficiente, deve arquivar o processo. O MP tem um estatuto legal pautado pela imparcialidade e pela objectividade²⁴⁴, tendo, por conseguinte, o dever de “sustentar efectivamente a acusação”²⁴⁵ ao longo do processo, como determina o art.º 53º CPP.

Em jeito conclusivo, Noronha e Silveira, postula: “Apesar de reconhecer que a letra da lei se adapta melhor à teoria da probabilidade predominante, julgo que o argumento literal não é decisivo. Parece ser possível admitir que o termo razoável tenha sido usado para salientar um outro significado deste qualificativo, que se prende com a ideia de algo que é conforme à razão, adequado, apropriado, justo. A definição não visará tanto quantificar o grau da possibilidade, mas fundamentalmente salientar a necessidade da sua adequação às especiais exigências que os interesses em jogo reclamam”²⁴⁶.

²⁴³ No mesmo sentido, SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.168.

²⁴⁴ VALENTE, Guedes, *Processo Penal*, pp.113 e ss.

²⁴⁵ Cfr. Art.º 58º da Lei Orgânica do MP.

²⁴⁶ SILVEIRA, Jorge Noronha e, “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*, p.164.

CAPITULO III

(A delimitação do conhecimento probatório do co-arguido)

1 – Considerações iniciais

O contacto permanente com jurisprudência, permite-nos evidenciar que hodiernamente assistimos a uma grande proliferação de processos que, pela sua complexidade comportam mais do que um arguido (co-arguidos, portanto), assim como, não raras as vezes, mais do que um tipo legal de crime.

Procuraremos demonstrar ao longo do presente capítulo acerca das declarações que um arguido proferir em relação a outro co-arguido, a sua visão dos factos e, conseqüentemente, o impacto que estas declarações terão na formulação de um juízo pelos magistrados, assim como na sentença de cada um.

Nessa linha de raciocínio, procuraremos evidenciar, explicando pormenorizadamente o porquê de o arguido não poder prestar declarações contra outros arguidos na qualidade de testemunha, enquanto se mantiver no mesmo processo ou em processo conexo²⁴⁷. Será que é uma regra que comporta excepções²⁴⁸? A seu tempo veremos.

Por outro lado, numa primeira introspecção sobre o assunto, é legítimo inferir que este conhecimento dos factos por parte de um co-arguido em detrimento dos demais, consubstancia um conhecimento privilegiado²⁴⁹, na medida em que estiveram presentes no local do crime, trabalharam conjuntamente para a consumação do mesmo. Conseqüentemente, é mister afirmar que poderá tratar-se de um excelente meio de prova. No entanto, como procuraremos atestar, este conhecimento, não lhe retirando o seu valor e

²⁴⁷ Cfr. art.º 133º, nº1 al. a).

²⁴⁸ Cfr. art.º 133º nº2.

²⁴⁹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II., p.208; BELEZA, Teresa, “tão amigos que nós éramos: «o valor probatório das declarações de co-arguido em Processo Penal Português»”, in *Revista do Ministério Público*. Ano 19, nº74: 1998, pp. 39 e ss.

o seu peso na determinação da sentença, deve ser ponderado com algumas reservas²⁵⁰, com alguma desconfiança. Atentemos os exemplos seguintes: O arguido A, alega em sua defesa que foi coagido por B, igualmente arguido (e afinal foi o contrário); um cenário igualmente plausível será: A, B, C, são constituídos arguidos pela prática de um crime de roubo e outro de homicídio. Como durante o assalto, A e C, ficaram com a maior quantidade de material roubado e foi C que matou a vítima. Tendo em conta que ambos eram muito amigos e B era um conhecido, como estratégia de defesa, decidiram imputar a culpa a B, alegando que foi este que ficou com a maioria do material roubado, assim como lhe atribuem a prática de homicídio.

Porém, não raras as vezes, tendo por certo que este conhecimento probatório se submete à livre apreciação da prova por parte do juiz²⁵¹, é muitas das vezes levado em linha de conta pelos magistrados, chegando mesmo a constituir o meio de prova mais relevante para a determinação da medida de pena a atribuir a cada um dos co-arguidos.

2 – Questão prévia: o conceito de co-arguido para efeitos de impedimento de depor como testemunha

No capítulo anterior, tivemos oportunidade de definir o que é um arguido, para efeitos de um processo-crime, assim como se determina e procede à sua constituição formal, tal como os direitos e deveres que lhe assistem.

Neste momento, o que importa aferir relaciona-se com o critério de conexão entre os arguidos. Afirmamos, desde já, que a lei não atesta nenhuma definição em concreto de co-arguido. Nada obsta, no entanto, a conceptualizarmos uma definição do conceito. É evidente que o primeiro traço que se evidencia na co-arguição é caracterizado pela existência de uma pluralidade, é certo. Porém, tem que existir um elemento de ligação comum a todos, ou seja, um nexos entre os arguidos. Por conseguinte, as próximas linhas

²⁵⁰ Cfr. BELEZA, Teresa, “*tão amigos que nós éramos: o valor probatório das declarações de co-arguido em Processo Penal Português*”, in *RMP*. Ano 19 n°74, pp. 39 e ss.

²⁵¹ Cfr. art.º 127º.

serão dedicadas à explicação dos modelos existentes que aferem, cada um com a sua perspectiva, esse nexos.

2.1 – O conceito formal de co-arguido: o nexos entre os processos

O critério subjacente ao conceito formal de co-arguido para efeitos de determinação do impedimento de depor como testemunha²⁵², tem como premissa base a ideia de que existirá conexão se houver uma conexão formal, ou seja, um processamento conjunto dos processos, no momento em que se indaga acerca do impedimento mencionado.

Atendendo à al. a) do nº1 do art.º 133º, existe conexão sempre que tenha havido apensação dos processos, ou, caso a mesma não se verifique, haja processos conexos e os co-arguidos mantiverem essa qualidade ao longo do decorrer dos mesmos. O mesmo se aplica, *ipsis verbis*, decorrendo apenas um só processo, mas com uma pluralidade de arguidos. Neste momento, é legítimo questionar quais as situações-padrão previstas na lei, em que existe conexão. Para tal, atendemos ao art.º 24º, nomeadamente às als. c)²⁵³, d)²⁵⁴ e e)²⁵⁵, que determinam as mesmas.

Um dos requisitos referenciados relaciona-se com a apensação e unidade dos processos. Nesta sede, o art.º 29º determina as circunstâncias em que pode operar. Citando o nº1, “para todos os crimes determinantes de uma conexão, nos termos das disposições anteriores, organiza-se um só processo”²⁵⁶. Por seu turno, o nº 2 adianta que “se tiveram já

²⁵² Art.º 133º nº1, al.a): “Estão impedidos de depor como testemunhas: o arguido e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem essa qualidade”. Por este enunciado concluímos, desde já, que neste artigo o legislador optou pelo critério formal.

²⁵³ “O mesmo crime tiver sido cometido por vários agentes em comparticipação”.

²⁵⁴ “Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em comparticipação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uma causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar ou outros”.

²⁵⁵ “Vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar”.

²⁵⁶ Para termos uma noção mais concreta das situações que aqui se enquadram vamos referenciá-las de seguida: 1 – O arguido não poderá depor como testemunha no mesmo processo sobre factos que lhe são imputados em exclusivo; 2 – O arguido não poderá depor na qualidade de testemunha no mesmo processo sobre factos que são imputados não só a si como aos demais co-arguidos; 3 – O arguido não poderá depor como testemunha no mesmo processo sobre factos que são imputados exclusivamente aos demais co-arguidos (isto se adoptarmos a posição perfilhada por Germano Marques da

sido instaurados processos distintos, logo que a conexão for reconhecida procede-se à apensação de todos àquele que respeitar ao crime determinante da competência por conexão”.

Assim sendo, admitindo que no momento da verificação do impedimento, não existe conexão – porque nunca existiu, ou, a contrário, tendo existido, em certa fase do processo, a conexão cessou, havendo assim separação de processos, daqui se infere que o impedimento de o co-arguido de depor como testemunha cessa, na medida em que o nexo entre os processos não mais existe. A intervenção do arguido, na qualidade de testemunha seria assim possível, em virtude de os processos correrem separadamente, mesmo que as imputações atribuídas a ambos coincidam²⁵⁷.

Um segundo cenário plausível caracteriza-se pela existência de um nexo processual, em que os processos são apensados, correndo assim em conjunto. Destarte, é manifesta a proibição do arguido depor na qualidade de testemunha contra outro co-arguido. Mais: esse impedimento mantêm-se, mesmo que o arguido declarante seja indagado acerca de factos sobre os quais ele não foi constituído²⁵⁸.

Silva explanada na notas de rodapé nº 257; Em caso de processo conexo, vejamos: 1 – O arguido não poderá depor como testemunha em processo conexo sobre factos que são imputados em exclusivo aos arguidos no processo conexo (contra, SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, cfr. notas de rodapé seguintes); 2 – O arguido não pode depor como testemunha no processo conexo no qual são imputados os mesmos factos a si, quer aos demais co-arguidos; 3 – O arguido poderá depor na qualidade de testemunha em processo conexo a partir do momento em que cesse a sua qualidade de arguido.

²⁵⁷ Como salienta ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal Anotado*, pp.355-356, “o arguido pode depor como testemunha no processo conexo quando perder a qualidade de arguido; na versão inicial do CPP, podia valer como meio de prova o depoimento como testemunha prestado, sem consentimento expresso, por anterior co-arguido cujo processo, tendo sido separado, foi já objecto de decisão transitada em julgado (Ac. do TC nº181/2005. Ac. do STJ, X, 3, 228, Ac. do STJ, de 6.3.1996, in CJ, Acs. do STJ, 4, 1, 221, e Ac. do TRL, de 18.5.1999, in CJ, XXIV, 3, 140), mas a Lei nº48/2007, de 29.8, revogou em parte esta solução, não permitindo o depoimento como testemunha, sem consentimento expresso, por anterior co-arguido cujo processo, tendo sido separado, foi objecto de decisão condenatória transitada em julgado. Se o anterior co-arguido tiver sido definitivamente absolvido ou o processo tiver sido, por qualquer motivo, arquivado em relação a ele, pode valer como meio de prova o seu depoimento, sem consentimento expresso, no processo conexo (é o caso do citado ac. do TRL, de 18.5.1999, em que a testemunha já despronunciada do crime de corrupção passiva foi arrolada como testemunha no processo em que estava acusado o co-arguido)”.

²⁵⁸ No que tange a este entendimento, a doutrina diverge. No entender de SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.208 – “ (...) o arguido está impedido de depor como testemunha no processo em que é arguido,

2.2 – O conceito material de co-arguido: o nexó entre as imputações dos arguidos

Por seu turno, o conceito material de co-arguido assenta na ideia de comunhão entre as imputações da pluralidade de arguidos. Isto significa que uma das hipóteses acima mencionada, atinente à possibilidade de existirem dois ou mais processos a decorrer em conjunto, mas as imputações dos co-arguidos não coincidirem, o impedimento mater-se-ia. Portanto, de acordo com o critério material, isto significa que nesta hipótese, havendo assim comunhão processual, o impedimento do co-arguido depor como testemunha já não existiria²⁵⁹.

Um cenário igualmente admissível, em sede de determinação do critério material, prende-se com a seguinte hipótese: suponhamos que os processos decorrem separadamente, não existindo assim comunhão processual. Contudo, as imputações atribuídas aos co-arguidos coincidem, de modo que os arguidos encontrar-se-ão impedidos de depor como testemunhas no que concerne a essas mesmas imputações.

2.3 – O entendimento perfilhado pelo CPP

mesmo relativamente a factos em que não é co-arguido”; SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, pp.165-166 – “Não nos parece admissível que o co-arguido no mesmo processo, ainda que por crimes diversos, possa assumir as qualidades ora de arguido, ora de testemunha, pois as intervenções nessas qualidades, na audiência, são incompatíveis, nomeadamente quanto ao direito do arguido assistir à produção de prova, participando na audiência, ao de não prestar juramento, etc. A lei ao referir a conexão de processos e não só os co-arguidos no mesmo processo afasta a possibilidade de o arguido ser também testemunha no mesmo processo em que está a ser julgado, ainda que relativamente a crime pelo qual não é co-arguido. Embora, no nosso entender, o co-arguido não possa depor como testemunha nada impede que as suas declarações sobre factos que respeitem a outros co-arguidos sejam tidas em conta pelo tribunal.

Havendo, porém, separação de processos, os arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo podem já depor como testemunhas, desde que expressamente nisso consentirem”. Contra, SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.65 – “ (...) um arguido possa testemunha relativamente a factos autónomos do outro, factos, portanto, que não fazem parte do objecto processual do arguido que deve testemunhar, nem surgem como conexos à sua própria imputação”.

²⁵⁹ Neste sentido, SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.65 – o “ (...) critério delimitador do impedimento (...) centra-se no nexó existente entre as imputações dos vários arguidos e não na mais ou menos mutável configuração processual.

Determina a al.a) do n°1 do art.º 133º, “estão impedidos de depor como testemunhas: o arguido e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos enquanto mantiverem aquela qualidade”²⁶⁰. Neste momento, é mister interrogar-nos acerca das situações previstas na lei em termos de conexão de processos. A resposta é-nos dada pelo art.24º, que estabelece uma série de situações-padrão, taxativas a nosso ver, em que existem conexão. A contrário, o art.º 29º vem estabelecer quais as situações em que existem unidade e apensação dos processos. Citando o n°1, saliente que “para todos os crimes determinantes de uma conexão, nos termos das disposições anteriores, organiza-se um só processo”. Nessa medida, vem o n°2 estabelecer: “se tiverem já sido instaurados processos distintos, logo que a conexão for reconhecida, procede-se à apensação de todos àquele que respeitar ao crime determinante da competência por conexão”.

Entendemos que a leitura destes preceitos normativos não apresenta dificuldades interpretativas. Desta feita, concluiríamos assim, tendo em conta as explicações e considerações formuladas ao conceito, formal e material de co-arguido, que o legislador optou pelo modelo formal, por existir uma situação de conexão entre os processos. A título meramente exemplificativo, suponha-se que o arguido A praticou um crime de furto. B, que se encontrava juntamente com A no local do crime, praticou um crime de homicídio sobre C para que o furto pudesse ser realizado com êxito. Como existe uma relação de conexão entre ambos (cfr. art.º 24º n°1 al.d), o impedimento mantém-se.

Contudo, o n°2 do art.º 133º vem suscitar algumas dificuldades. Segundo este, “em caso de separação de processos²⁶¹, os arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo, mesmo que já condenados por sentença transitado em julgado, só podem depor como testemunhas se nisso expressamente consentirem”.

Uma primeira dificuldade com a qual nos deparamos desde logo na análise deste preceito, prende-se com a determinação do momento da separação de processos, para efeitos de determinação do impedimento. Ora, tal como o termo “separação” suscita, significa pois, que os processos já decorreram em conjunto, numa comunhão processual. Porém, numa determinada altura do processo, em virtude de uma das situações previstas no

²⁶⁰ Cfr. art.º 57º n°2 – “A qualidade de arguido conserva-se durante todo o decurso do processo”.

²⁶¹ Cfr. art.º 30º.

art.30º, os processos deixaram de decorrer unidos. Assim sendo, à luz do critério formal e pela interpretação que é feita da al.a) do nº1 do art.º 133º, diríamos que, neste caso, o impedimento cessou. E, se o impedimento cessou, a qualidade de co-arguido também cessou, nada obstando a que ele prestasse depoimento na qualidade de testemunha. Contudo, assistimos a uma formulação bem diferente. No nº2 o legislador insiste que neste caso (em que já houve comunhão e agora ela não mais se verifica), o co-arguido só deporá contra outro co-arguido se assim o entender. Isto significa que um dos requisitos indispensáveis ao seu depoimento prende-se com o seu consentimento.

Uma segunda questão que se suscita neste momento: Imagine-se que a condenação do co-arguido A já transitou em julgado, em virtude da separação de processos, sendo que o processo que decorre contra B ainda se mantém. Será correcto afirmarmos que neste caso, A, não é mais um co-arguido. A sua qualidade como arguido num processo-crime não mais existe, não só porque o seu processo já transitou em julgado. Neste momento é, sim, um condenado. Ora, se assim é, ao prestar declarações atinentes a B a sua posição era reassumida? Não faria sentido. Assume sim, a qualidade de testemunha, se nisso expressamente consentir, nos termos do nº2 do art.º 133º, ficando assim a responder com verdade, sendo para o efeito submetido a juramento²⁶².

Concluimos, pois, que o critério formal não é o único critério a delimitar o impedimento. O mesmo se aplica ao critério material. Desta sorte, o legislador optou assim por um modelo eclético, com características de ambos os modelos, explicitando assim as situações em que existe impedimento e qual é o critério que se lhe encontra subjacente.

3– A prova testemunhal

3.1 – Objecto e limites do depoimento testemunhal

²⁶² Cfr. arts. 128º e 132º nº1 al.b).

O capítulo I, título II, livro III, é dedicado à prova testemunhal²⁶³.

O art.º 128º vem, nessa medida estabelecer e delimitar o objecto e os limites do depoimento prestado pela testemunha²⁶⁴. Atesta o nº1, “a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto de prova”. Estão assim aferidos os dois critérios indispensáveis ao reconhecimento do depoimento de uma testemunha: 1 – os factos por si afirmados resultam da sua apreensão directa e livre das circunstâncias em que ocorreram, salvo as disposições previstas no art.º 129º, atinentes ao depoimento indirecto²⁶⁵. Se a testemunha alegar que ouviu X ou Y a admitirem terem estado presentes e terem assistido ao crime, por exemplo, o juiz pode chamar essa pessoa para depor nessa qualidade. Se o não fizer, as declarações prestadas pela primeira testemunha que se socorreu, no todo ou em parte, do depoimento indirecto, não poderão servir como meio de prova. Desta feita, concluímos assim que o meio de prova indirecto tem como função indicar outros meios de prova, esses sim, directos; 2 – apresentam contributo significativo para a reconstrução dos factos que se encontram relacionados com o objecto da prova.

Quid iuris se, em virtude do testemunho de A, em que este refere ter conhecimento de que a testemunha H esteve presente no local do crime. No entanto, o seu paradeiro é incerto, não logrando a sua notificação. O legislador nessa hipótese admite ainda assim a valoração desse testemunho indirecto? De modo algum. O legislador, a propósito, afirma de forma peremptória no nº3 do art.º 129º, que “não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusar²⁶⁶ ou não estiver em condições de indicar a pessoa

²⁶³ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.206-207 – assume que a prova testemunhal é tida como o “campo de eleição” do princípio da livre apreciação da prova.

²⁶⁴ Como relembra EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, p.141: “O anterior Código (1929) fazia a distinção entre declarantes e testemunhas. Eram declarantes as pessoas relativamente às quais haver suspeita da credibilidade do depoimento. Os ofendidos eram declarantes. O código vigente não faz essa distinção, mas pode haver impedimentos para depor”; ROXIN, *Lecciones Sobre El Proceso Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto: 2003, pp.304 e ss.

²⁶⁵ Vulgarmente conhecido por testemunho de ouvir dizer. Em inglês, a expressão é comumente denominada por “hearsay evidence”.

²⁶⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, pp.344-345 - “O Tribunal Constitucional já decidiu, contudo, que é admissível o depoimento de uma testemunha que teve “participação importante” na actividade delitosa do arguido e disse ter ouvido do arguido os factos que relata quando o arguido não quis depor (Ac. do TC nº440/99) e, designadamente, quando essa participação se tenha consubstanciado em encontros que a testemunha

ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos”²⁶⁷. Nessa linha de raciocínio, ainda em sede de meios de prova legalmente admitidos, o art.º130º vem estabelecer a proibição do uso, enquanto meio de prova, de gravações ou reprodução de vozes, assim como de meros rumores públicos.

“Este instrumento contraria o princípio constitucional da imediação da prova ínsito na ideia de um Estado de Direito e só se justifica com vista a preservar a prova testemunhal em face da ocorrência de circunstâncias extraordinárias (morte, anomalia psíquica superveniente e desaparecimento da testemunha). Por isso, a norma do art.º 129º tem natureza excepcional”²⁶⁸.

O depoimento indirecto não se cinge apenas ao testemunho de ouvir dizer²⁶⁹. Será igualmente vedado o depoimento que resultar “da leitura de um documento de autoria de pessoa diversa da testemunha”, ao abrigo do nº2 do art.º 129º. É por este motivo que a

presenciou, entregas, transportes, conversas probatórias e combinatórias dessas entregas e transportes, quer de drogas, quer de dinheiro, entre os diversos intervenientes e o arguido que fez uso do seu direito ao silêncio no julgamento ... Este não é verdadeiramente um depoimento indirecto, antes se trata de prova directa do facto criminoso. Mas desta argumentação logo resulta o limite da admissibilidade do depoimento das testemunhas de “ouvir dizer” ao arguido. Elas só podem depor sobre aquilo que ouviram dizer ao arguido durante a prática dos factos criminosos a que assistiram (neles se incluindo os actos preparatórios e de execução até à consumação do crime), mas elas não podem depor sobre conversas tidas com o arguido depois da prática dos factos criminosos”.

²⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, pp.345-346 – “Portanto, também é admissível o depoimento do agente policial infiltrado sobre os factos criminosos a que tenha assistido e, nomeadamente, sobre o que ouviu dizer ao arguido durante a prática dos factos criminosos (neles se incluindo os actos preparatórios e de execução até à consumação do crime), desde que a sua acção tenha sido realizada em obediência ao disposto na Lei nº101/2001, de 25.08 (...).

Mas já não é admissível o depoimento do agente policial que ouviu declarações feitas por uma testemunha ou declarante depois da prática dos factos criminosos, mesmo que essa pessoa venha a falecer antes da audiência ou venha a sofrer de doença grave do foro psicológico e o seu estado de saúde se agravasse caso ela tivesse de ser ouvida em audiência sobre os factos, ou seja muito jovem e a inquirição na audiência possa eventualmente constituir uma experiência traumática (...).”

²⁶⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.343.

²⁶⁹ ANDRADE, Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*, pp.163-169; SANTOS, Gil Moreira, *O Direito Processual Penal*, nota de rodapé nº286: “E o Tribunal Constitucional consagrou a inconstitucionalidade de interpretação em que se baseasse a prova em versão colhida de terceiros, mesmo que agente em conversa informal, se não foi possível encontrar a testemunha, mesmo que seja co-arguido – decisão de 02.03.94, in B.M.J. 435, p.175”; cfr. ANDRADE, Costa, “testemunho de «ouvir dizer»”, in *Colectânea De Jurisprudência*, tomo 1. Ano 6: 1981, pp.8 e ss.

prova recolhida por um perito²⁷⁰ não pode ser considerada em sede de prova testemunhal²⁷¹. Falta-lhe, precisamente, a apreensão e compreensão directa dos factos.

Portanto, se o MP ou o juiz de instrução forem confrontados com um depoimento indirecto²⁷², este poderá, excepcionalmente ser validado e utilizado, sempre que se verifiquem situações justificáveis, nomeadamente a morte da testemunha que tomou contacto directo com a situação; a sua anomalia psíquica superveniente; impossibilidade de essa pessoa ser localizada. Nestas situações, deverá o MP ou o juiz de instrução arrolar a testemunha de ouvir dizer. No entanto, se a testemunha que foi indicada no depoimento indirecto for encontrada e puder depor, só ela deverá ser arrolada e não a testemunha de ouvir dizer.

Suponha-se que no decorrer da inquirição, a testemunha relata factos que presenciou directamente, assim como faz menção a outros factos dos quais teve conhecimento indirecto. Nesse caso, o depoimento só será parcialmente válido, na parte atinente aos factos directos.

3.2 – Escusa, quebra e proibição por dever de segredo

²⁷⁰ Como sabemos, a prova pericial tem como objectivo facilitar a apreciação dos factos objecto de prova, sobre os quais incide uma certa incerteza. De tal forma, recorre-se à ciência através de uma pessoa exterior (o perito), de forma a analisar e dar o seu parecer científico, qualificado sobre as provas por si analisadas. Deste modo, a figura do perito, enquanto meio de prova, surge assim com vista a suprir uma situação que o magistrado por si só, reconhece não ter capacidade e/ou conhecimento específico. A nomeação de um perito não é obrigatória (cfr. art.º 155); e as suas formulações servem assim para auxiliar o juiz; sendo o seu parecer qualificado, este deve, nos termos do nº1 do art.º 163º, presumir-se subtraído à livre apreciação do juiz. Se, eventualmente, o juiz discordar do parecer do perito quando solicitado, deve fundamentar a sua discordância - art.º 163º nº2.

²⁷¹ Cfr. art.º 356º nº7 – “Os órgãos de policia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida, bem como quaisquer pessoas que, a qualquer titulo, tiverem participado na sua recolha, não podem ser inquiridos como testemunhas sobre o conteúdo daquelas”.

²⁷² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.344 – “Portanto, não vale como prova o depoimento indirecto de uma testemunha sobre o que ouviu dizer ao arguido, ao assistente ou às partes civis, porque as pessoas a que a ressalva do nº1 do art.º 129º refere são apenas as testemunhas. E, sendo o art.º 129º uma norma excepcional, ela não pode, em prejuízo 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”.

Os artigos 135º, 136º e 137º regulam as situações de segredo profissional, segredo de funcionário e segredo de Estado, respectivamente.

Existem situações, as quais a lei regula e delimita nos artigos mencionados, nas quais se verifica escusa a depor e, de igual modo, proibições de depor, que resultam do dever de segredo. São situações em que se assiste a uma colisão entre dois interesses, a saber: o interesse de guardar segredo atinente a certos estados ou profissões; e o interesse na descoberta da verdade material. Cada caso é um caso, de modo que, só a análise individual permite avaliar e determinar qual dos interesses deve prevalecer.

3.2.1 - Segredo profissional e religioso

No segredo profissional²⁷³ há uma escusa de depor sobre os factos por ele abrangidos, como salienta o nº1 do art.º 135º. Isto significa que no dever de segredo profissional²⁷⁴, as pessoas elencadas não estão impedidas de depor como testemunhas. Podem escusar-se a fazê-lo. Nessa medida, o facto protegido pelo dever de segredo só se poderá manter se, no confronto entre interesses se vislumbrar que com a manutenção do segredo não se põe em causa um dever jurídico sensivelmente superior²⁷⁵ ou, de igual modo, dessa manutenção resultar um perigo actual que ameace a vida, a liberdade ou a honra do agente ou de terceiro²⁷⁶.

Como explica Marques da Silva, “ esta situação tanto pode referir-se ao segredo religioso como ao segredo profissional. O segredo não existe em razão do múnus religioso ou da qualidade profissional, existe em relação a certas matérias que são do conhecimento

²⁷³ Encontram-se inseridos no art.º 135º nº1 um elenco não taxativo de pessoas que se encontram englobadas no segredo profissional: médicos, advogados, jornalistas, ministros de religião ou confissão religiosa, membros de instituições de crédito.

²⁷⁴ Cfr. SANTIAGO, Rodrigo, *Do Crime De Violação De Segredo Profissional No Código Penal de 1982*. Coimbra. Almedina: 1992.

²⁷⁵ Cfr. art.º 34º CP.

²⁷⁶ Cfr. art.º 35º.

da pessoa em virtude do exercício do ofício ou da profissão. Por isso que se podem suscitar dúvidas se a escusa é legítima, ou seja, se relativamente a determinados factos do conhecimento da testemunha a lei lhe permite ou impõe que guarde segredo”²⁷⁷.

Sendo o objecto do segredo delimitado por lei, não obsta, no entanto, a que por vezes se suscitem dúvidas atinentes acerca da sua legitimidade, mormente, à legitimidade da escusa. Nessa medida, compete ao Tribunal²⁷⁸ decidir sobre o dever de prestar depoimento como testemunha com quebra do segredo profissional, sempre que se verificarem os pressupostos vertidos no art.º 34º do CP. No que tange ao segredo religioso, a escusa não pode ser quebrada relativamente aos ministros de religião ou confissão religiosa²⁷⁹.

Permitir-nos-ão neste momento tecer umas breves considerações acerca da diferença entre quebra do segredo e ilegitimidade da escusa.

Determina o nº2 do art.º 135º: “havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias²⁸⁰. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento”. Isto significa que aquele que invocou a escusa não tem o direito de o fazer, na medida em que a lei não lhe concede esse privilégio. Logo, é ilegítima a escusa.

Diversamente, no que tange à quebra do segredo, a pessoa que o invoca tem o direito ou dever de o fazer. Contudo, de acordo com o disposto no nº3 do art.º 135º, “o Tribunal superior àquele onde o incidente tiver sido suscitado, ou no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se

²⁷⁷ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol. II, p.172.

²⁷⁸ Independente da posição que venha a assumir, escusa de depor ou quebra do segredo, o tribunal deverá ouvir o organismo representativo da profissão em causa, como é o caso da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos.

²⁷⁹ SANTIAGO, Rodrigo, *Do Crime De Violação De Segredo Profissional No Código Penal de 1982*, p.266.

²⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.362, sustenta um entendimento que vai no sentido de em sede de inquérito, caso o MP se tenha pronunciado pela ilegitimidade da escusa e ordenar, consequentemente, o depoimento. Por seu turno, com um entendimento diverso, SANTOS, Simas, HENRIQUES, Leal, *Código De Processo Penal Anotado*, pp.967-968.

mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento”.

3.2.2 – Segredo dos funcionários públicos

Por seu turno, o nº1 do art.º 136º, no âmbito do segredo dos funcionários públicos determina: “ os funcionários não podem ser inquiridos²⁸¹ sobre factos que constituam segredo e de que tiverem tido conhecimento no exercício das suas funções²⁸²”, salvo se o tribunal decretar a quebra do segredo. Como salienta, com toda a legitimidade, Henrique Eiras, “não se trata aqui de uma faculdade de não deporem mas antes de uma proibição relativa de prova”²⁸³. Os funcionários não têm a faculdade de escusar-se a prestar depoimento, sendo que, contudo não poderão prestar declarações acerca da matéria abrangida pelo segredo, salvo decisão contrária do tribunal.

3.2.3 – Segredo de Estado

No que concerne ao segredo de Estado, o nº1 do art.º137º: “as testemunhas não podem ser inquiridas sobre factos que constituam segredo de Estado”. Nessa medida, adianta o nº2, que “o segredo de Estado a que se refere o presente artigo abrange,

²⁸¹ No que tange a esta questão, SANTOS, Simas, HENRIQUES, Leal, *Código Do Processo Penal Anotado*, p.984. sustentam que nas situações em que a testemunha esteja sob o escrutínio do segredo profissional, poderão depor se, para tal, tiverem autorização do seu superior hierárquico.

²⁸² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.375 – “A lei estabelece uma proibição legal, que consubstancia uma verdadeira proibição de prova. Há não apenas uma proibição de produção de prova, como também uma proibição de produção de valoração de prova. É este o sentido útil da proibição legal. Assim, se a autoridade judiciária inquirir o funcionário sobre os factos que constituem segredo e de que teve conhecimento no exercício das suas funções e o funcionário não se tiver escusado, quando devesse fazê-lo (mas não o deve fazer quando tenha denunciado o facto), o depoimento não pode ser valorado no processo. Só poderá ser valorado o depoimento, caso o funcionário se tenha escusado e a escusa tenha sido considerada ilegítima ou injustificada”. No mesmo sentido, ANDRADE, Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*, p.75.

²⁸³ EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, p.145.

nomeadamente, os factos cuja revelação, ainda que não constitua crime, possa causar dano à segurança, interna ou externa, do Estado Português ou à defesa da ordem constitucional”²⁸⁴.

O Tribunal não pode quebrar o segredo de Estado. No entanto, “se a testemunha invocar segredo de Estado, deve este ser confirmado, no prazo de 30 dias, por intermédio do Ministério da Justiça. Decorrido este prazo sem a confirmação ter sido obtida, o testemunho deve ser prestado”²⁸⁵.

Da leitura dos artigos mencionados (135º, 136º e 137º), a quebra do segredo implica a verificação conjunta dos seguintes pressupostos:

- A quebra do dever de segredo tem que ser uma medida de força maior, sempre que se verificar que o interesse em causa é superior ao interesse comportado pelo dever de segredo;

- Nessa medida, o interesse em causa, seja ele público ou privado, tem que ser um interesse legítimo, a determinar no caso concreto;

- Adequação do meio²⁸⁶.

²⁸⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II., p.175 – “Tenha-se em conta que a proibição de testemunhar sobre factos que constituam segredo de Estado não é uma espécie de segredo profissional, já que recai sobre todas as pessoas abrangidas pelo dever de segredo, independentemente do seu estado ou profissão.”

²⁸⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.377 – “No CPP, a resolução do incidente de quebra de segredo de Estado foi inteiramente confiada ao Ministro da Justiça, que decide, em primeira e última instância, sobre a procedência da invocação do segredo, à imagem do que prevê o art.º 202º do CPP italiano. No caso de invocação de segredo de Estado, o depoimento deve ser interrompido, se já tiver iniciado, ou não deve ser prestado, se ainda não tiver iniciado. A autoridade judiciária não procede a qualquer avaliação do pedido de escusa. Deve apenas comunicar o pedido ao Ministro da Justiça. O Ministro pode ter uma de três atitudes: a) – Confirmar dentro de 30 dias o segredo: a testemunha fica escusada; b) – Rejeitar dentro de 30 dias o segredo: a testemunha fica obrigada a depor; c) – Nada dizer dentro de 30 dias: a testemunha fica obrigada a depor”.

²⁸⁶ EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, p.145, nota de rodapé nº3: “Observações acerca de algumas profissões sujeitas a segredo: a) Funcionários (art.º 136º); b) Segredo de estado: recai sobre todas as pessoas abrangidas pelo dever de segredo, qualquer que seja a sua profissão. Se for invocado, cabe ao Ministério da Justiça decidir; c) Jornalistas: não são obrigados a revelar as fontes de informação (nº1 do art.º 11º da Lei 1/99, alterada pela Lei nº64/2007, de 6/11); d) Empresas jornalísticas e seus directores: não são obrigados a revelar as fontes de informação, salvo decisão do tribunal, se estiverem em causa interesses manifestamente superiores (nº3 do art.º 135º do CPP); e) Segredo bancário: Estão sujeitos

3.3 – Regras de inquirição

O depoimento é um acto de natureza pessoal e isolado²⁸⁷ que, de modo algum poderá ser realizado por intermédio de uma terceira pessoa, como atesta o nº1 do art.º 138º.

Não obstante, a avaliação do conhecimento e da importância do conhecimento das testemunhas, só poderá ser avaliada findo o depoimento.

No que concerne à capacidade para depor, pode depor na qualidade de testemunha toda a pessoa não interdita por lei²⁸⁸. Isto significa que só os interditos por anomalia psíquica não poderão depor como testemunhas, sem prejuízo, contudo, de se avaliar, nos restantes casos, a aptidão física e mental da pessoa em questão. Desta feita, se se tratar de pessoa não interdita, e lhe for reconhecida alguma incapacidade de facto, compete à autoridade judiciária decidir aceitar e validar o seu depoimento.

Se o testemunho em causa for de um menor de 18 anos em crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, poderá ter lugar perícia sobre a sua personalidade.

Na fase de julgamento, o interrogatório²⁸⁹ é feito pela parte que oferece a testemunha, que num momento posterior, se sujeitará às perguntas formuladas pela parte contrária, assim como às perguntas que o tribunal julgar convenientes, no âmbito da descoberta da verdade material.

O nº3 do art.º 138º adiante que “a inquirição deve incidir, primeiramente, sobre os elementos necessários à identificação da testemunha, sobre as suas relações de parentesco de interesse com o arguido, o ofendido, o assistente, as partes civis e com outras

ao dever os empregados, mandatários, membros dos órgãos de administração e fiscalização. O objecto do segredo são factos respeitantes à vida da instituição de crédito e às relações desta com os seus clientes: nomes, contas de depósitos, movimentos bancários; f) Revisores oficiais de contas (art.72º do DL nº487/99, de 16/11, alterado pelo DL nº224/2008, de 20/11)”.

²⁸⁷ Cfr. art.º 348º nº2.

²⁸⁸ Falamos, pois, de uma interdição formal por anomalia psíquica, estabelecida por decisão transitada em julgado.

²⁸⁹ Uma obra interessante acerca desta temática, OLIVEIRA, Francisco da Costa, *O Interrogatório De Testemunhas*. Coimbra. Coimbra Editora: 2006.

testemunhas, bem como sobre quaisquer circunstâncias relevantes para avaliação da credibilidade do depoimento. Seguidamente, se for obrigada a juramento, deve prestá-lo, após o que depõe nos termos e dentro dos limites legais”²⁹⁰.

Por seu turno, o nº2 salvaguarda, e é fundamental tê-lo presente, em sede de inquirição da testemunha, esta não deve ser confrontada com perguntas impertinentes, nem tão-pouco, com perguntas que possam por em causa a sua credibilidade e a sua espontaneidade. A propósito, Germano Marques da Silva esclarece: “A testemunha não pode ser ofendida quando é interrogada e por isso estão vedadas as perguntas impertinentes. Pergunta impertinente é não só aquela que é estranha ao assunto como também aquela que molesta, molesta a clareza do processo, o esclarecimento do caso ou a própria testemunha.” Esclarece ainda: “A espontaneidade e sinceridade das respostas da testemunha podem ser prejudicadas pelas próprias perguntas, mas sobretudo pelo modo como são formuladas. A pergunta que contenha directa ou veladamente uma promessa ou ameaça pode suscitar na testemunha o temor de dizer a verdade ou o interesse em mentir; a que ponha em causa, ofensivamente, a credibilidade da testemunha, pode suscitar-lhe como reacção o omitir factos relevantes de que tenha efectivo conhecimento, o desejo de se libertar do tormento tão pronto quanto possa ou também o mentir como desforra ou autodefesa pela agressão de que está a ser vítima, etc. Não podem criar-se obstáculos, sejam eles quais forem, à espontaneidade da testemunha, nomeadamente a censura ou correcção da linguagem por ela usada. É que pode suceder que a testemunha seja levada a omitir factos relevantes por receio de não se saber expressar convenientemente. São também proibidas as perguntas sugestivas, ou seja, aquelas que provocam, inspiram ou simplesmente facilitam uma determinada resposta. Compete em primeiro lugar a quem faz a pergunta resolver se ela é ou não pertinente à causa, se interessa ou não, mas a entidade que preside ao acto tem o dever de cuidar pela disciplina e desde logo que não sejam feitas à testemunha perguntas que não interessam ao objecto do processo”²⁹¹. O incumprimento destas regras de inquirição, traduz-se numa mera irregularidade. Irregularidade essa, que deverá ser

²⁹⁰ A violação das regras de inquirição da testemunha traduz-se numa irregularidade (cfr. art.º 123º), que pode ser arguível pelo arguido que a arrolou como testemunha ou pelo arguido que poderá ficar prejudicado pelo seu depoimento.

²⁹¹ SILVA, Germano Marques, *Curso De Processo Penal*, vol.II, pp.182-183.

suscitada no próprio acto, pelo arguido ou pelo seu defensor. Caso não sendo atendida no momento próprio, poderá ocorrer um recurso, que reveste a forma de protesto.

É frequente, não raras as vezes, em sede de inquirição de testemunha, lhe seja colocada uma questão impertinente, como acabamos de referir. Porém, nem sempre, o juiz nesse momento consegue aperceber-se do seu alcance, de modo que deve procurar sempre esclarecer-se acerca do fundamento, da motivação da mesma.

Paulo Pinto de Albuquerque, salvaguarda a ideia de que “antes do momento de o tribunal proceder à determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (isto é, antes de ter concluído pela verificação do crime), a inquirição das testemunhas sobre factos atinentes à personalidade e ao carácter do arguido, às suas condições pessoais, à sua conduta anterior só é permitida para prova dos elementos constitutivos do crime que dependam destes factos, como, por exemplo, a crueldade, a avidez, o prazer de matar ou de causar sofrimento, motivo torpe ou fútil, ódio racial, religioso ou político, frieza de ânimo (art.º 132.º n.º2 als. c), d), e) e i) do CP.

O tribunal não pode discutir, desde o início da audiência, prova documental ou pericial²⁹² relativa à personalidade e ao carácter do arguido, às suas condições pessoais, à

²⁹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal.*, p.349 - “A testemunha pode ser submetida a dois tipos diferentes de perícias: a perícia psiquiátrica e a perícia sobre a personalidade. A perícia psiquiátrica tem por objecto características físicas e psíquicas sobre a personalidade. A perícia psiquiátrica tem por objecto as características físicas e psíquicas da testemunha com causas patológicas que justifiquem a sua capacidade de depor. O objecto da perícia sobre a personalidade incide sobre o conjunto das características psíquicas independentes de causas patológicas e o grau de socialização da testemunha.

A autoridade pode submeter qualquer testemunha à perícia psiquiátrica, com vista a apurar se ela está apta a depor como tal. Ao invés, a perícia sobre a personalidade da testemunha só é admitida no caso de depoimento de menor de 18 anos, tendo o legislador aplicado a regra da lei penal, que considera menores as pessoas entre os 14 e os 18 anos à data do crime. O depoimento da testemunha deve ter por objecto crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, embora não seja exigível que ela seja a vítima do crime. Compreende-se a limitação da perícia sobre a personalidade da testemunha, em face da maior amplitude (e, portanto, do maior grau de intrusão) da perícia sobre a personalidade em relação à perícia psiquiátrica.

A autoridade judiciária competente decide sobre a necessidade da perícia. A perícia sobre a testemunha, seja ela uma perícia psiquiátrica ou uma perícia sobre a personalidade, depende da existência de uma dúvida da autoridade judiciária sobre a personalidade, depende da existência de uma dúvida da autoridade judiciária sobre a capacidade da testemunha para prestar testemunho. O escalão para aferir da dúvida da autoridade judiciária é este: a dúvida razoável sobre a capacidade da testemunha para depor com verdade implica o dever de realização da perícia sobre a testemunha. Se a

sua conduta anterior, que não seja necessária para prova dos elementos constitutivos do crime que dependam destes factos, pois deste modo estaria a defraudar o propósito claro do legislador relativo à estrutura da audiência de julgamento”²⁹³.

O despacho do juiz sobre a necessidade de perícia à testemunha é recorrível, em sede de instrução ou julgamento. Por seu turno, em sede de inquérito, o despacho do MP é reclamável para superior hierárquico. Se a testemunha não prestar o seu consentimento para a realização da perícia, será aplicável o disposto no n.º 2 do art.º 154.º.

3.4 - Direitos da testemunha

A prova testemunhal revela-se um dos meios de prova mais frequentes e mais atendíveis na descoberta da verdade material. Sendo um meio de prova pessoal é falível. Aponta-se desde logo algumas razões para atender à mesma com algumas reservas. Uma delas, prende-se com a fiabilidade do depoimento prestado. A testemunha, por variadas razões, pode sentir necessidade de ocultar factos, ou mesmo que se refira a estes, poderá alterá-los, ou chegar mesmo a mentir, muito embora estando sob juramento. Uma segunda questão, não menos importante, resulta da pressão e dos encargos que as testemunhas podem sentir, em virtude do seu depoimento, no cumprimento do seu dever cívico^{294 295}. Ocorrem frequentemente situações em que a testemunha é desconsiderada ou tratada de forma menos educada pelo tribunal ou pelos advogados. Estes últimos, no exercício das

dúvida da autoridade se fundar na suspeita da existência de um distúrbio não patológico da personalidade, ela determina uma perícia sobre a personalidade. Nada obsta a que seja ordenada a realização de ambas as perícias sobre a mesma pessoa, quando se verificarem os respectivos legais.

O perito nomeado para perícia sobre a personalidade da testemunha deve ser um psicólogo. Quando se verificar uma suspeita de doença do foro psíquico ou sintomas de psicopatologia, o perito deve ser um psiquiatra”.

²⁹³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.341.

²⁹⁴ Relembramos que certas pessoas gozam de imunidades e prerrogativas no que concerne ao dever de testemunhar, as quais resultam do cargo que ocupam, nomeadamente os deputados (cfr. art.º 54.º n.º 3 da CRP. Só prestarão depoimento se nisso a Assembleia da República der o seu consentimento. O Presidente da República, o Procurador Geral da República, os diplomatas, os juízes de tribunais superiores, é-lhes conferido o direito de serem ouvidos na sua residência ou por escrito (cfr. art.º 134.º CRP). Estas imunidades podem resultar de disposições normativas do direito interno, mas de igual modo, do direito internacional.

²⁹⁵ A violação injustificada do dever de prestar depoimento é punível pelo n.º 2 do art.º 360.º CP.

suas funções, não raras as vezes procuram deturpar as declarações da testemunha. Além disso, está cientificamente comprovado que a capacidade de memória varia de pessoa para pessoa, de modo que, num momento posterior, a caracterização dos factos pode variar. Finalmente, atendemos ainda à ideia de que, em virtude do carácter formal que reveste o depoimento, a testemunha pode sentir-se de tal forma nervosa, que vê assim limitada a sua capacidade de comunicação, tendo assim dificuldades em exprimir-se²⁹⁶.

Devemos ter sempre presente que antes de ser um dever cívico, é, acima de tudo um dever ético da pessoa ajudar, contribuir com o seu testemunho. Nessa medida, vivendo nós num Estado de Direito Democrático, o legislador conferiu-lhe uma série de direitos, expressamente previstos na lei.

3.4.1 – Direito de audiência

O direito de audiência consiste no direito que assiste à testemunha de ser ouvida sobre os factos relevantes para o processo. Como já salientamos anteriormente, esta declaração por si prestada durante o depoimento, não pode ser deturpado, nem devem ser tão-pouco colocadas questões impertinentes, que não se encontrem relacionadas com o objecto do processo.

O CPP de 1929²⁹⁷, atribuía à testemunha o direito de redigir ou ditar o seu próprio depoimento, não podendo assim ser orientada no seu testemunho pelas perguntas suscitadas pelos advogados, MP ou pelo juiz, de modo a não afectar o raciocínio e a sua capacidade de exposição.

De igual modo, já ficou aqui dito que não poderão ser colocadas questões à testemunha que possam afectar a sua espontaneidade, a sua sinceridade, assim como questões impertinentes ou sugestivas, isto é, com segundas intenções.

²⁹⁶ No mesmo sentido, EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, pp.142-143.

²⁹⁷ Cfr. art.º 236º do CPP/1929.

3.4.2 – Direito de correcção do tribunal

O tribunal deverá dirigir-se à testemunha de forma honrosa e educada, não podendo assim, de forma alguma faltar-lhe ao respeito.

3.4.3 – Direito a protecção especial

A testemunha tem direito a medidas especiais da protecção “contra formas de ameaça e pressão ou intimidação”²⁹⁸.

Com a revisão do CPP em 2007 (Lei nº48/2007), foram aditados ao art.º 134º os números 4 e 5, que permitem que a testemunha se faça acompanhar por um advogado²⁹⁹ que a informará dos direitos e deveres que lhe assistem sem, no entanto, poder intervir na inquirição. Faça-se, desde já a ressalva prevista no nº5, ao proibir que o advogado que acompanha a testemunha seja o defensor do arguido no processo. Entendemos que esta disposição normativa deve ser lida em sentido amplo, sendo assim aplicável esta proibição ao advogado do assistente ou das partes civis.

3.4.4 – Direito de indemnização

²⁹⁸ A propósito da protecção de testemunhas, cfr. Lei nº93/99, de 14/07, sendo alterada posteriormente pela Lei nº29/2008, de 4/07 e pelo DL nº227/2009, de 14/09; cfr. SILVA, Sandra, *Protecção De Testemunhas No Processo Penal*. Coimbra. Coimbra Editora: 2007.

²⁹⁹ SILVA, Germano Marques da Silva, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.186 – “Já antes da revisão era nosso entendimento que a testemunha se podia fazer sempre assistir por advogado, por aplicação directa do disposto no art.º 20º da CRP, introduzido na revisão de 1997 da Constituição. A prática era, porém, muito restritiva, considerando as autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal que o referido art.20º da Constituição necessitada de regulamentação, esquecendo que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis, como estabelece o art.º 18º nº1 da CRP. Esta orientação das autoridades era fruto de uma praxe muito antiga, de crença nas virtualidades de um absoluto segredo de justiça e também num sentimento de autoritarismo que consente mal a fiscalização dos próprios actos, mas se nefasto por essas causas era também porque dificultava a testemunha do exercício pleno dos direitos das testemunhas, mormente por desconhecimento. A questão foi finalmente ultrapassada com a alteração do Código”.

Em virtude da deslocação que teve de efectuar, em virtude do depoimento que prestou na qualidade de testemunha, esta terá o direito de vir a exigir uma compensação das despesas realizadas, como atesta o art.º 317º. Saliente-se a ideia de que apenas as testemunhas notificadas³⁰⁰ para o efeito (comparecerem em tribunal), terão direito a requerer a dita compensação.

Como explica Germano Marques da Silva, “o arbitramento da compensação nunca é feito oficiosamente. Apenas será arbitrada a requerimento do interessado e o seu montante é calculado em função de tabelas aprovadas pelo Ministério da Justiça, sendo considerada como custas do processo (art.º 317º n.º4 e art.º 194º do Código das Custas Judiciais) a cargo de quem as suportar.

A própria limitação da compensação às despesas realizadas, não abrangendo o que deixaram de ganhar obriga, pelo menos, no plano ético, que se procure evitar por todos os meios possíveis sobrecarregar as testemunhas, nomeadamente com adiamentos sucessivos das audiências ou demoras desnecessárias no início das diligências”³⁰¹.

Analizamos de seguida os deveres que a testemunha se encontra obrigada a cumprir.

3.5 – Deveres da testemunha

3.5.1 – Dever de comparência

Dispõe a al.a) do n.º1 do art.º 136º³⁰², o dever de a testemunha “se apresentar, no tempo e no lugar devidos, à autoridade por quem tiver sido legitimamente convocada ou notificada, mantendo-se à sua disposição até ser por ela desobrigada”.

Como determina o art.º 116º n.º1, sempre que a pessoa regularmente notificada para comparecer no dia, hora e local designados, não o fizer, será condenada ao pagamento de uma soma entre duas a dez unidades de crédito. Sem prejuízo do disposto, o juiz, se assim o

³⁰⁰ A testemunha pode receber as notificações em domicílio diferente da sua residência.

³⁰¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II., p.185.

³⁰² Cfr. art.º 331º - falta do assistente, de testemunhas, peritos, consultores técnicos ou das partes civis; art.º 293º - mandado de comparência e notificação; art.º 116º - falta injustificada de comparecimento.

entender, poderá ordenar a detenção do faltoso pelo tempo considerado indispensável à realização da diligência – cfr. nº2 do art.º 116º.

3.5.2 – Dever de prestar juramento

A testemunha deverá “prestar juramento, quando ouvida por autoridade judiciária” – al.b) do nº1 do art.º132º -. Atente-se que o juramento apenas poderá ser prestado perante a autoridade judiciária, e nunca perante as autoridades judiciárias.

Nessa medida, nos termos do nº1 do art.º 91º, “as testemunhas prestam o seguinte juramento: «Juro, por minha honra, dizer toda a verdade e só a verdade»”.

Se a testemunha prestar falsos testemunhos, estará a incorrer num crime de falsidade de testemunho, punida com pena de prisão de seis meses a três anos ou com pena de multa não inferior a sessenta dias, pelo art.º 360.º nº1 do Código Penal³⁰³.

3.5.3 – Dever de prestar depoimento e responder com verdade

Como explica Pinto de Albuquerque, “o dever de depor inclui o dever de depor de cara totalmente descoberta, não sendo admissível, e nem mesmo por motivos religiosos, que a testemunha deponha com parte da cara coberta. A cobertura da cara pode prejudicar gravemente o juízo do julgador sobre a espontaneidade e veracidade do depoimento e, portanto, o princípio da oralidade e o princípio da imediação. Só se excepciona ao princípio afirmado a cobertura involuntária da cara, ditada por necessidade médica (por exemplo, a testemunha que usa um penso num olho). O dever de respeito impõe que a testemunha deponha de cabeça descoberta (art.º 324º nº2, al.b), aplicável por maioria de razão à testemunha”³⁰⁴.

³⁰³ O nº3 do art.º 360º do Código Penal determina que “se o facto referido no nº1 for praticado depois do agente ter prestado juramento e ter sido advertido das consequências a que se expõe, a pena é de prisão até cinco anos ou multa até seiscentos dias”.

³⁰⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.351.

O dever de prestar depoimento tem como premissa fundamental o dever de responder com verdade – al.d) do nº1 do art.º 132º -. Da mesma forma que o arguido não é obrigado a auto-incriminar-se, recusando-se assim a responder às questões que lhe são dirigidas, a testemunha poderá recusar-se a responder, na medida em que a sua resposta poderá comportar a sua responsabilização penal (nº2 do art.º 132º).

É preciso distinguir: uma coisa é a testemunha recusar-se a responder dado que a sua resposta poderá conduzir à sua responsabilização penal; outra completamente distinta prende-se com a declaração de falsos testemunhos. Contudo, se esta o fizer de modo a evitar que ela própria ou os seus parentes até ao terceiro grau, poderá ver a sua pena especialmente atenuada, ao abrigo do art.º 364º do Código Penal.

3.5.4 – Dever de obedecer às indicações que legitimamente lhe forem dadas quanto à forma de prestar depoimento

Já tivemos oportunidade de dissecar em momento ulterior as formalidades que obedecem às regras de inquirição (art.º 138º). Relembramos assim, que o depoimento da testemunha é um acto pessoal e isolado. Esta deporá acerca do objecto de prova, e deverá fazer a sua exposição de forma livre³⁰⁵, do modo que achar mais conveniente para o delineamento do seu raciocínio e conseqüente exposição oral, proibindo-se determinadamente que lhe sejam feitas perguntas impertinentes ou que extravasam o objecto do processo.

Quando o depoimento é reduzido a auto, este deverá manter-se o quanto possível às expressões utilizadas pela testemunha, de modo a obter uma reprodução o mais fiel possível do que foi descrito por esta.

4 – Incompatibilidade entre a posição de testemunha e arguido no plano probatório

³⁰⁵ Em sentido contrário, o CPP/1929 apresentava, por seu turno, uma serie de regras sobre os procedimentos a observar no momento de inquirição de testemunhas. Cfr. art.º 230º a 238º CPP/1929.

4.1 – Considerações iniciais

Ao longo desta exposição, nomeadamente na regulação do estatuto do arguido, quer do estatuto da testemunha, parece evidente a conclusão de que existem diferenças bastante significativas, sob o ponto de vista do direito probatório, que os diferenciam. “De outra forma, consistiria puro nominalismo afirmar-se um impedimento que, afinal, não tivesse quaisquer reflexos para quem declara”³⁰⁶.

Sem dúvida alguma que o estatuto do arguido encontra-se suportado por um conjunto de medidas garantistas fruto da sua posição processual. Medidas essas que lhe permitem desenhar a sua estratégia de defesa, sempre suportado pela presunção de inocência, por um lado, assim como pelo direito ao silêncio, sem que este seja usado em seu desfavor no âmbito da livre apreciação de prova pelo julgador.

Veja-se, a propósito, as declarações prestadas pelo arguido revestem uma dupla natureza: são um meio de prova, mas de igual modo, um meio de defesa. Por seu turno, as declarações prestadas pela testemunha “apenas” constituem um meio de prova, ficando obrigadas a responder com a verdade, sob o risco de incorrerem em responsabilidade penal pela prática de falsos testemunhos, como já vimos.

Parece, pois, que a justificação do impedimento de o co-arguido depor como testemunha reside na ideia de protecção do próprio arguido.

Como afirma Medina Seíça, “na verdade, o impedimento, na medida em que parece implicar uma limitação à aquisição de material probatório (ou, pelo menos, uma limitação ao uso dos meios de constrangimento permitidos pela prova testemunhas), requer uma justificação substancial capaz para a perda dessa informação, em abstracto indicadora de uma menor eficiência da administração da justiça. Sem dúvida, a resposta passa, também aqui, por uma compreensão das finalidades (e seus limites) por que um processo de um Estado de Direito deve nortear-se.

³⁰⁶ SEIÇA, Medina. *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.24.

Com efeito, o processo penal não é forma asséptica de um ponto de vista axiológico; antes, a forma como surge encarna já uma opção valorativa, mais, contém, ela própria, um valor. Na incisiva formulação de Schmidt³⁰⁷, «um dos mais importantes princípios do processo penal reside no facto de a investigação da verdade só dever ser procurada por caminhos conformes à justiça». Esta conformidade à ideia de justiça enquanto critério de validade do resultado que se pretende alcançar constitui, na verdade, o horizonte no qual a razão de ser do impedimento deve ser procurada”³⁰⁸.

4.2 - A determinação do âmbito objectivo do impedimento

A exposição que se segue, será dedicada às situações em que se verifica um impedimento objectivo de o co-arguido depor na qualidade de testemunha no processo penal. Procuramos assim determinar o conteúdo sobre o qual incide o impedimento, ou seja, em relação a que crimes em relação aos quais este se encontra impedido de testemunhar.

De acordo com a al.a) do nº1 do art.º 133º, “estão impedidos de depor como testemunhas: o arguido e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem essa qualidade”. Encontra-se aqui patente, como já tivemos oportunidade de nos referir anteriormente, ao conceito formal. De acordo com este critério, o fundamento do impedimento radica na comunhão processual existente entre os processos.

Porém, afirmamos desde já que este critério não pode ser encarado de forma absoluta. Como explicaremos de seguida, existem diversas situações em que o critério relevante assenta na existência de um nexos entre as imputações dos vários arguidos, independentemente de existir comunhão entre os processos. É mister neste momento indagar: em que circunstâncias se verifica esse nexos entre as imputações?

³⁰⁷ SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Nachtragsband I. Eb. Lehrkommentar, Vor § 244, Rn 4. In: SEIÇA, Medina, *Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.35.

³⁰⁸ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.35.

Desde logo, sempre que se verificarem dois ou mais crimes que preencham o mesmo tipo legal de crime, ou seja: dois homicídios, dois crimes de roubo. Neste caso, parece indubitável a presença de um nexos entre as imputações que, conseqüentemente, determinam a existência do fundamento do impedimento.

O nexos entre imputações pode decorrer não só da identidade de objecto processual. Como analisaremos de seguida, existem outros tipos de ligação entre os crimes que, por seu turno, vão determinar, de igual modo, a existência do impedimento. Estamos a falar, pois, dos casos de conexão. Desta forma, o nexos entre imputações não radica tão-só na identidade do objecto processual, mas de igual modo, o impedimento decorrente da existência de crimes conexos.

Somos, pois, confrontados com a competência por conexão. Subscrevendo inteiramente as palavras de José António Barreiros, a competência por conexão vem assim “reforçar os meios de salvaguarda do princípio constitucional do juiz natural, procedendo-se com rigor à pré-determinação legal dos critérios de deferimento de competência a tribunal diferente daquele que seria, em princípio, competente, sem embargo da admissão da separação de processos, nomeadamente nas situações dos denominados “processos monstruosos” ou excessivamente complexos”³⁰⁹.

Como explica Medina Seiza, “o fenómeno da conexão de processos”³¹⁰ resultante do funcionamento das regras dos art.º 24º e seguintes refere-se a um dado aspecto da realidade

³⁰⁹ BARREIROS, José António. *Processo Penal*, vol. I. Coimbra. Almedina: 1981, p.184.

³¹⁰ MOUTINHO, Lobo, “a competência por conexão no novo código de processo penal”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*. Lisboa. UCP Editora: 1992, p.170 – “Não existe processamento conjunto sem competência por conexão.

A competência por conexão, segundo as regras expressas ou implícitas na lei, existe sempre que se esteja perante uma hipótese de processamento conjunto de uma pluralidade de crimes e regulam-nas em termos de competência (por exemplo, determinando o tribunal para ele competente). Aquilo que por elas é valorado em termos de competência não é cada um dos crimes isoladamente considerado mas o conjunto que eles formam ou podem formar.

Na habitual afirmação segundo a qual se todos os crimes forem da competência do mesmo tribunal não há competência por conexão ou não se aplicam as regras de competência por conexão ou não se aplicam as regras de competência por conexão vai implícita a formulação e aplicação de uma espécie de regra geral de competência por conexão que dispõe que a pluralidade de crimes tem o mesmo valor, para efeitos de competência, que os vários crimes em confronto. O conjunto dos crimes não tem mais importância do que cada uma das suas partes (competência material) e está ligado à circunscrição à qual estiverem ligadas todas as suas partes (competência territorial)”.

processual que se traduz na tramitação conjunta de uma pluralidade de processos. Obviamente, tal processamento conjunto ocorre quando existam relações entre os crimes que constituem o objecto dos diversos processos; o critério fundante reside, também neste domínio, na conexão de crimes. E, deste modo, os casos de conexão previstos no art.24º e determinantes da conexão de processos, podem servir como critério integrador para determinação do âmbito objectivo do impedimento.

Com isto, porém, não estaremos a deixar entrar pela janela o que com tanto esforço quisemos pôr fora de portas: o critério da configuração processual resultante das regras de conexão de processos? Pois, dir-se-á: afirma-se o nexó entre os crimes para efeitos de impedimento quando exista ligação entre os processos e os crimes dir-se-ão conexos quando os respectivos processos o forem.

Há, no entanto, um vício lógico nesta crítica. Primeiro, porque o nexó existente entre os crimes não equivale necessariamente a uma comunhão processual, pois, esta constitui uma situação resultante do funcionamento das regras de conexão. Neste aspecto, Pagliaro tinha razão quando afirmava que a conexão de processos se constitui um efeito que não se pode identificar com a causa.

Por outro lado, a existência de um nexó entre os crimes, mesmo para efeitos de conexão de processos, nem sempre implica uma situação de comunhão processual. Pelo contrário, os casos em que, apesar de existir a conexão entre os crimes capaz de gerar nos termos dos arts. 24º a 29º uma junção dos processos, esta junção não chega a dar-se, ocorrem com frequência, por força dos limites à conexão previstos nos arts. 26º³¹¹ e ss,

³¹¹ MOUTINHO, Lobo, “a competência por conexão no novo código de processo penal”, in *RFDUCP: 1992*, p.129 – “Ora, se assim é, se o facto das restantes regras de competência apontarem para diferentes tribunais impede, por si só, o conhecimento conjunto de uma pluralidade de crimes como se compreende a existência de regras (como as que se encontram no art.º 26º do nosso Código) que dispõem expressamente que, em certas hipóteses – mas só em certas hipóteses -, aquele facto impede o conhecimento conjunto dos crimes?”

E pode dizer-se que tanto espanta o facto de existirem (pois repetem a solução dada pelas restantes regras de competência) como a sua índole restrita (pois são hipotizáveis outras hipóteses de divergência).

Não se esconde que este que este argumento nos remete para a delicada questão de saber se uma certa regra, com um âmbito de aplicação restrito, é afloramento, especialização ou excepção a um princípio geral (...). Todavia, este problema recebe luz do contexto global em que se insere e mais precisamente, da existência do problema, do entendimento das regras de competência por conexão. (...) É por isso e só por isso que temos dificuldade em entender as regras de

mais importante na prática, art.º 24º nº2, que só permite a junção dos «processos que se encontrarem simultaneamente na fase de inquérito, de instrução ou de julgamento». Assim, a crítica só poderia ter algum sentido se a equiparação não fosse entre crimes conexos e processos conexos mas entre crimes conexos e processos potencialmente conexos por terem como objecto crimes conexos. Todavia, perdoe-se-nos a insistência, quando utilizamos o critério da comunhão processual não significamos todos os processos que efectiva ou potencialmente poderiam ser objecto de um tratamento conjunto, mas somente aqueles casos em que existe uma pluralidade de arguidos que respondem em conjunto, independentemente do factor gerador desse processamento conjunto.

Por fim, note-se, não há equiparação porque ocorrem situações em que existe uma pluralidade de arguidos a responder em conjunto (comunhão processual), mas em que entre os respectivos crimes não se verifica um nexó relevante para efeitos do impedimento.

O apelo que se faz para os casos de conexão previstos no art.24º apresenta, pois, um sentido meramente integrador do critério do impedimento³¹², uma vez que a remissão não se deve fazer em bloco e de modo necessariamente fechado. Decisiva é a existência entre as imputações dos vários arguidos de um nexó que justifique o direito a não ser constrangido a prestar declarações na forma de testemunho. As situações previstas no art.º 24º exprimem

competência que se referem ao processamento conjunto de uma pluralidade de crimes pois estas vêm sobrepor-se ao resultado da aplicação daquelas, contradizendo-o ou repetindo-o, mas, em qualquer caso, demonstrando com eloquência que em todos esses casos, a solução dada pelas restantes regras de competência não chega (mais precisamente, não é por si só relevante), sendo necessária sempre a intervenção de outras regras de competência qualquer que seja a solução por estas ditada e a sua relação com a solução ditada por aquelas. O mesmo é dizer que se torna em qualquer caso necessário deixar o valor dos crimes isoladamente considerado e olhar ao valor conjunto dos crimes em si mesmo”.

³¹² Nessa medida, MOUTINHO, Lobo, “a competência por conexão no novo código de processo penal”, in *RFDUCP*: 1992, p.86, salienta: “A doutrina tende a tratar da matéria da conexão de crimes em processo penal de modo propriamente casuístico, limitando-se a identificar e enumerar grupos de “casos” em que reconhece existir conexão entre os crimes susceptível de produzir um ou ambos os efeitos sem tentar exprimir, para além de vagas fórmulas, separadas daquelas enumerações por verdadeiros abismos, os requisitos que devem assistir a tais conexões, as notas que as devem caracterizar”. Nessa linha expositiva, prossegue na p.89, arguindo: “A doutrina é particularmente lacónica precisamente no aspecto que nos interessa, pois se é corrente a afirmação de que nem todas as conexões que justificam o processamento conjunto de uma pluralidade de crimes o permitem com aplicação das regras de competência por conexão, em seguida nada mais de apresenta senão uma enumeração de “casos” de conexões desta espécie, tidos como mais débeis ou fracos (em cuja definição, entretanto, se aplica inevitavelmente um qualquer critério), mas sem explicar como é que na estrutura desses casos influi o aspecto da competência que é tão salientado”.

uma ligação entre os crimes que além de justificar o tratamento conjunto dos processos manifestam a ratio do impedimento, podendo ocorrer, no entanto, outras situações³¹³ aí não previstas e que justifiquem o mesmo tratamento”³¹⁴.

Acrescentemos ainda que a conexão supõe não só a existência de uma pluralidade de processos, assim como uma pluralidade de tribunais competentes para os conhecer ao abrigo das regras gerais das competências material³¹⁵, funcional³¹⁶ (cfr. arts. 10º a 18º) e territorial³¹⁷ (cfr. arts. 19º a 23º). A fixação do tribunal competente é feita em derrogação das regras^{318 319}. “A esta ligação entre os crimes, que determina excepções³²⁰ à regra de que a cada crime corresponde um processo e às regras de competência material, funcional e

³¹³ Em sentido oposto, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.100, ao defender que o elenco previsto no nº1 do art.24º é taxativo e excepcional, e deste modo, não admite, por conseguinte, aplicação analógica. Por seu turno, na mesma linha argumentativa gizada por Medina Seíça, atente-se à argumentação de MOUTINHO, Lobo, “a competência por conexão no novo código de processo penal”, in *RFDUCP*: 1992, p.170.

³¹⁴ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.56-58.

³¹⁵ A competência material visa circunscrever a jurisdição penal dos diversos tribunais em razão da sua natureza ou da qualidade dos arguidos. Deste modo, todos os tribunais com jurisdição penal terão competência relativamente à matéria objecto desse processo.

³¹⁶ A competência funcional, por seu turno, visa delimitar a jurisdição dos diferentes tribunais que são materialmente competentes dentro do mesmo processo e de acordo com as fases ou graus, assim como para a prática de determinados actos dentro de cada fase ou grau de jurisdição.

³¹⁷ No que tange à competência territorial, como o próprio nome indica, circunscreve a jurisdição dos tribunais da mesma espécie de acordo com a sua localização no território – circunscrições territoriais -. Atente-se que o critério de fixação da competência territorial encontra-se relacionado com o elemento de ligação do objecto do processo com o território em que o tribunal exercer a sua jurisdição.

³¹⁸ Para um maior desenvolvimento desta questão, cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, pp.167-192.

³¹⁹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, pp.193-194.

³²⁰ Nessa linha argumentativa, FERREIRA, Cavaleiro, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.228, já advogava que “a competência do tribunal é normalmente determinada em relação a cada crime, a que corresponderiam, portanto, vários processos, dariam lugar à fixação da competência do tribunal relativamente a cada um. Mas os vários crimes podem estar relacionados entre si por diverso modo; e a comparticipação ou conexão dos crimes faz surgir a conveniência do seu julgamento conjunto. Ao interesse de manter a competência para julgamento do juiz natural, seguindo os critérios normais, para cada crime, opõe-se o interesse da economia processual, visto que, dada a conexão de crimes, as mesmas provas e os mesmos argumentos servem ou se invocam para sua verificação. É de bom senso evitar a repetição inútil das mesmas provas, em processos diferentes. Para além deste motivo, afigura-se indispensável evitar julgados contraditórios...”.

territorial, definidas em função de um só crime, chama a lei conexão e conseqüentemente a denominada competência por conexão, representa um desvio às regras normais da competência em razão da organização de um único processo para uma pluralidade de crimes ou da apensação de vários processos que hão-de ser apreciados e decididos conjuntamente.

A conexão de processos é determinada por conveniência da Justiça³²¹. Ou porque há entre os crimes uma tal ligação que se presume que o esclarecimento de todos será mais fácil ou mais completo quando processados juntamente³²², evitando-se possíveis contradições de julgados e realizando-se conseqüentemente melhor a justiça ou porque o mesmo agente responde por vários crimes e é conveniente julgá-los a todos no mesmo processo até para mais fácil e melhor aplicação da punição do concurso de crimes”.

4.3 - Formas de conexão

Via de regra, a Doutrina costuma identificar dois tipos de conexão: 1 - a conexão material ou conexão de crimes; 2 - conexão processual ou conexão de processos.

4.3.1 – Conexão Material

³²¹ No mesmo sentido, DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.347 – “A razão justificativa desta competência por conexão será, antes de tudo, de economia processual. Mas não só, pois a ela acrescem – quando não mesmo se sobrepõem – razões de boa administração da justiça penal (juntando processos conexos será provavelmente mais esgotante a produção probatória e respectiva cognição) e mesmo de prestígio das decisões judiciais (pois desaparecerá o perigo de uma pluralidade de decisões sobre infrações conexas se contradizerem materialmente). O que tudo se alcança, anote-se ainda, sem prejuízo do conteúdo ínsito na garantia do «juiz natural», por isso que os critérios de conexão estão contidos em lei anterior e eagem, de forma geral e abstracta, o tribunal em definitivo competente”.

³²² Nas palavras de MOUTINHO, Lobo, “a competência por conexão no novo código de processo penal “, in *RFDUCP*: 1992, p.122, a competência por conexão consubstancia-se num “esforço excepcional da ordem jurídico- processual, como uma benesse extraordinária que esta concede nuns casos e não noutros, ora como a explanação de um autónomo critério de competência cuja racionalidade não está dependente da racionalidade e justificação próprias do processamento conjunto”.

A conexão material, por seu turno, caracteriza-se pela existência de um só agente que comete um ou vários crimes. Como veremos de seguida, o legislador caracterizou estas hipóteses em certas alíneas do art.º 24º.

A conexão material pode ser subdividida em cerca de três espécies³²³. A saber:

Conexão pessoal ou subjectiva – O mesmo autor praticou um ou vários crimes (unidade do agente e unidade/pluralidade de crimes) – cfr. art.º 55º.

Conexão material ou objectiva – Vários agentes são responsáveis pelo cometimento de uma pluralidade de crimes. Neste tipo de conexão, o critério reside no conteúdo dos crimes cometidos – cfr. art.º 56º;

Conexão mista³²⁴ – Tal como o próprio nome indica, este tipo de conexão caracteriza-se pela análise simultânea quer do agente que praticou os vários crimes, assim como, de igual modo, no conteúdo dos mesmos.

4.3.2 – Conexão Processual

Por seu turno, a conexão processual consiste na relação que se estabelece entre dois ou mais processos que se encontram pendentes na mesma fase processual ou ainda a instaurar. Outros dos requisitos que compõem a conexão processual traduz-se no seu carácter excepcional, que vem assim derrogar as regras gerais da competência material e territorial.

A conexão processual é composta por uma série de requisitos formais e materiais.

No que tange aos requisitos formais, destacamos:

Simultaneidade de fases processuais;

³²³ Cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp. 349 e ss.

³²⁴ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.354, a propósito da conexão mista, esclarece: “Pode suceder que o mesmo agente cometa várias infracções, das quais algumas (ou alguma) possuam conexão material com infracções de outros agentes: há então concurso de conexões pessoal e material, prevalecendo a conexão pessoal na determinação do tribunal competente (art.º 60º)”.

Pluralidade de tribunais competentes;

Pluralidade de processos distintos;

Verificação de uma das situações que comportem uma excepção aos regimes da competência material e da competência territorial.

Relativamente aos requisitos materiais:

Pluralidade de agentes e pluralidade de crimes;

Unidade de agente e pluralidade de crimes;

Pluralidade de agentes e unidade de crime.

4.4 – Competência por conexão

A secção III do capítulo II é intitulada de “competência por conexão” (cfr. arts. 24^o³²⁵ e ss). Por seu turno, o art.º 24º utiliza a expressão “conexão de processos”, o que não deixa de ser uma expressão pouco feliz, pois gera alguma confusão, se atendermos à categorização que temos vindo a explicar. Efectivamente, quer a conexão material (objectiva e subjectiva), quer a conexão processual encontram-se presentes.

4.4.1 - Conexão subjectiva

³²⁵ EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, pp.404-405, chama a atenção para o facto das regras de conexão e do cúmulo jurídico não se aplicarem relativamente aos crimes de natureza estritamente militar. “Relativamente ao cúmulo de penas, se houver necessidade de o fazer posteriormente ao trânsito da decisão, por o conhecimento de que o arguido praticou mais de um crime ser superveniente, caso as penas a acumular respeitem a crimes comuns e a crimes militares, o tribunal material e territorialmente competente para o fazer é o tribunal da última condenação para o crime comum. A decisão é precedida de audiência”.

A conexão subjectiva apresenta como premissa maior a existência de um³²⁶ só autor que praticou uma pluralidade de delitos³²⁷. A conexão é estabelecida em torno da figura do agente, cujo estatuto já tivemos oportunidade de analisar no capítulo anterior. Entende-se que este critério visa facilitar a avaliação da personalidade do arguido³²⁸, assim como, por outro lado, a realização do cúmulo jurídico. De igual modo, nas palavras de Gil Moreira dos Santos, “só assim se evitarão julgados contraditórios a respeito das mesmas provas e erros de apreciação pela sua desinserção temporal”³²⁹.

Por outro lado, nos casos de conexão subjectiva, assiste-se sempre a um concurso de crimes. Nessa medida, o nº1 do art.º 77º do Código Penal vem determinar: “quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena. Na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente”. Concomitantemente, “se, depois de uma condenação transitada em julgado, mas antes da respectiva pena estar cumprida, prescrita ou extinta, se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes, são aplicáveis as regras do artigo anterior, como argui o nº1 do art.º 78º.” Nessa medida, assiste-se a uma lacuna no CPP, ao não dispor sobre a competência para proferir a sentença única referenciada nos art.º 77º e 78º do CPP.

³²⁶ Falamos, portanto, de um autor singular, o qual pratica e consome o facto. PRATA Ana, VEIGA Catarina, VILALONGA, José Manuel, *Dicionário Jurídico, vol.II*, p.64, advertem que “as expressões autor singular e autor material podem ser utilizadas em sinonímia, é possível afirmar-se que os co-autores podem igualmente ser considerados autores materiais, uma vez que a classificação de autor material se refere ao agente que pratica efectivamente o facto – ainda que em conjunto com outro ou outros”.

³²⁷ Desta feita, o problema da conexão de processos não se coloca sempre que haja unidade de crime e unidade de agente.

³²⁸ Como adianta DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.348-349 – “a conexão pessoal ou subjectiva, prevista no art.55º, supõe assim o chamado concurso real de infracções, a cuja punição a unidade de agente – potenciada pela unidade da sua personalidade, à qual se refere a culpa segundo a concepção do nosso direito penal substantivo – impõe cunho particular, traduzido na aplicação de uma pena única. Daí que o referido preceito defira o conhecimento do concurso a um único tribunal, que será «o da infracção a que corresponder pena mais grave e, no caso da infracção de igual gravidade, aquele em que o réu estiver preso, ou, não o estando, o da infracção mais recente e, sendo da mesma data, aquele em que primeiro tiver sido proferido o despacho de pronúncia ou equivalente» (...).”

³²⁹ SANTOS, Gil Moreira dos, *O Direito Processual Penal*, p.188.

Por outro lado, se o processo for arquivado por falta de provas, Medina Seïça³³⁰, perfilha entendimento diverso. No caso em concreto, deve ser aplicado, analogicamente, o n.º2 do art.º 133.º. Por conseguinte, o arguido que viu o seu processo arquivado por falta de provas, poderá intervir no processo na qualidade de testemunha, mediante consentimento prévio.

Quid iuris se o tribunal vier a descobrir posteriormente à sentença transitado em julgado, que o arguido havia praticado outro crime antes da sentença transitado em julgado do primeiro crime? Dever-se-á proceder à anulação da primeira sentença? Germano Marques da Silva afirma que deverá ser o tribunal territorialmente competente para o último julgamento, onde será feito o cúmulo jurídico, e podendo, eventualmente, este ser ou não materialmente competente para se pronunciar³³¹.

Destarte, o ilustre Professor, na sua exposição concernante ao concurso de crimes conclui: “ (...) o mero concurso de crimes não determina a conexão e, por isso, as regras sobre competência não se alteram em função do concurso. O que é necessário é que afinal seja proferida uma única sentença, que poderá ser uma nova sentença. O tribunal a julgar o último crime, se tiver competência material para fazer o cúmulo, fá-lo-á, se não tiver proferirá a sentença pelo crime que julgou e remeterá o processo ao tribunal materialmente competente da mesma comarca”³³².

Nessa medida, uma leitura pelos artigos referidos, permite-nos concluir que os casos de conexão subjectiva, verificam-se na al. a) do n.º1 do art.24.º; na al.b) do n.º1 do art.º 24.º; e, finalmente no art.º 25.º.

Analisaremos cada uma destas disposições normativas individualmente.

Al.a) do n.º1 do art.º 24.º - “Há conexão de processos quando: o mesmo agente tiver cometido vários crimes através da mesma acção ou omissão”.

Verifica-se uma unidade da acção ou omissão criminosa praticada pelo mesmo agente e uma pluralidade de incriminações. Tomemos como exemplo a seguinte hipótese:

³³⁰ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.93

³³¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.197.

³³² SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.197.

A, praticou um crime de violação à integridade física grave em virtude do crime de roubo. No decorrer da fuga, conduzia com excesso de velocidade, o que determinou a morte de Y, um pedestre que passeava na sua mão, sendo, conseqüentemente, pronunciado de igual modo pela prática de um crime de homicídio negligente. Todos os crimes foram cometidos através da mesma acção.

Al.b) do nº1 do art.º 24º - “O mesmo agente tiver cometido vários crimes, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros”.

No âmbito dessa pluralidade de acções ou omissões criminosas praticadas pelo mesmo agente, Pinto de Albuquerque apresenta diversos nexos entre as imputações³³³:

“ I - Comnexo de contemporaneidade entre os crimes (ex: António cometeu vários crimes de injúrias na mesma ocasião contra vários ofendidos);

II - Comnexo de causalidade entre os crimes distinta da continuação criminosa ou da ocultação criminosa (isto é, quando não se verifiquem os requisitos da continuação criminosa nem os da ocultação criminosa, mas ainda assim haja umnexo de causalidade entre as condutas do arguido; ex. António cometeu roubo e tentativa de homicídio da mesma vítima em dias seguidos, porque a vítima se queixou do roubo);

III - Comnexo de continuação criminosa entre os crimes (ex: António cometeu vários crimes de furto em diferentes dias na mesma loja, da mesma forma e no quadro de uma situação facilitadora que diminuía a sua culpa);

IV - Comnexo de ocultação criminosa entre os crimes (ex: António cometeu um crime de ocultação de cadáver depois de ter morto a pessoa). “

Art.º 25º - “Para além dos casos previstos no artigo anterior, há ainda conexão de processos quando o mesmo agente tiver cometido vários crimes cujo conhecimento seja da

³³³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.100.

competência de tribunais com sede na mesma comarca, nos termos dos art.º 19º e seguintes”³³⁴.

O art.º 25º vem regular, por seu turno, aquelas situações em que existe um concurso de crimes praticados pelo mesmo agente, e o seu julgamento for da competência dos tribunais com sede na comarca onde todos eles foram consumados.

Como explica Germano Marques da Silva, “a fonte do art.º 24º foi o projecto do CPP italiano. No decurso dos trabalhos preparatórios foi muito discutida pela doutrina italiana a insegurança da fórmula correspondente à utilizada no nosso Código – crimes cometidos na mesma ocasião ou lugar. A fórmula foi, porém, adaptada no propósito de alargar a conexão aos casos de concurso real de crimes cometidos no mesmo contexto espaço / tempo, considerando a inoportunidade de os fazer conhecer por juízes com competência material diversa. Com a introdução no nosso Código do art.25º há normalmente uma dupla previsão, pois os crimes cometidos no mesmo lugar são da competência de tribunais com sede na mesma comarca”³³⁵.

4.4.2 - Conexão objectiva

A conexão objectiva caracteriza-se pela verificação da existência de um só crime ou a verificação de um nexo entre os vários crimes (comparticipação criminosa)³³⁶. Isto significa que é a própria relação entre os crimes que determina a conexão. Se a conexão subjectiva visa facilitar a caracterização da personalidade do arguido, a conexão

³³⁴ O art.º 25º foi alterado pelo art. 1º da Lei 59/98, de 25/08, dispondo que o critério da conexão subjectiva será aplicada igualmente aos crimes cometidos na área de uma comarca, muito embora estes sendo da competência de outros tribunais com sede na mesma comarca, com vista à economia processual. Por outro lado, o arguido sendo julgado conjuntamente pelos vários crimes que praticou, verá a sua pena culminada numa pena única, em virtude do concurso de crimes.

³³⁵ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.195.

³³⁶ No entendimento de DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.353, na esteira do pensamento de FERREIRA, Cavaleiro, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.207, refere: “havendo vários crimes, mas não podendo todos eles ser imputados aos mesmos agentes – caso em que se terá já saído do domínio da participação -, pode acontecer todavia que eles tenham sido cometidos na mesma ocasião, reciprocamente ou por várias pessoas reunidas. Isto faz presumir uma estreita correlação do conteúdo de todos os crimes praticados pelo motivo que deu origem, pelo ambiente que determinou a perpetração e pela independência na execução: daí a conexão estabelecida pela lei”.

objectiva, por seu turno, visa facilitar a produção da prova e, concomitantemente, a descoberta da verdade material.

Esta encontra-se disposta nas al. c), d) e e) do nº1 do art.º 24º. Tal como fizemos acerca das situações em que a conexão subjectiva se efectiva, usaremos o mesmo método expositivo para explicar cada uma das alíneas.

Al. c) – “Há conexão de processos quando: o mesmo crime tiver sido cometido por vários agentes em comparticipação”³³⁷.

Tomamos como exemplo: Manuel convence João de que o seu irmão Júlio se prepara para o assassinar na sua festa de noivado. Manuel deseja profundamente a morte de Júlio, dado que este se prepara para casar com a sua amada. Desta forma, convence João a matar o irmão, em jeito de antecipação dos supostos planos de Júlio. Consequentemente, Manuel é o instigador e João o autor moral do crime de homicídio.

Relembrando os ensinamentos recolhidos na cadeira de Direito Penal, a comparticipação pode classificar-se em duas categorias: autores e participantes, tendo como critério comumente aceite, o critério do domínio do facto. Nessa medida, inserem-se no âmbito da autoria, o autor material, o autor mediato e o co-autor; no que tange à participação, são tidos como participantes o instigador³³⁸, e o cúmplice.

No exemplo assinalado vislumbra-se a unidade da infracção, que culmina assim no impedimento.

Al.d) – “Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em comparticipação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros”³³⁹.

³³⁷ Cfr. arts. 26º e 27º do CP.

³³⁸ Não obstante ser considerado participante, o instigador é punido como autor, ao abrigo do art.º 26º do CP.

³³⁹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I, p.198, admite que a fonte desta disposição normativa poderá ser inspirada no CPP italiano de 1930, art.º 45º. “Não basta a prática de vários crimes, cada um deles praticado em comparticipação. É ainda necessário que relativamente a algum dos participantes nos vários crimes exista conexão subjectiva relativamente aos diversos crimes em causa”.

Não menos frequente entre a doutrina, se cogita acerca do que se deve entender por “mesma ocasião ou lugar” para efeitos de conexão processual. Nessa medida, tem-se entendido que, para efeitos de impedimento, além de se verificarem os requisitos temporal ou espacial, é necessário de igual modo atender-se a uma ligação entre os arguidos, de tal forma que estejam assim compreendidos no âmbito do impedimento para prestarem declarações na qualidade de testemunhas. Mais: sempre que o testemunho de um arguido relativamente a um crime praticado por outro co-arguido seja importante para a descoberta da verdade material, tem-se entendido que neste caso o impedimento deve prevalecer³⁴⁰.

Tal como sucedeu na al.b), dada a pluralidade de situações que se podem inserir nesta disposição normativa, na esteira da exposição assumida por Pinto de Albuquerque, apresentamos os vários nexos que podem estar na origem das mesmas^{341 342}.

“ I – Em comparticipação (ex. António e José praticaram no âmbito de um plano conjunto vários crimes de roubo em diferentes lugares e momentos e contra várias vítimas diferentes)³⁴³;

II – Com nexo de contemporaneidade entre os crimes (ex: António e José praticaram sem estarem combinados um crime de ofensas corporais cada um contra duas pessoas na mesma ocasião);

III – Com nexo de causalidade entre os crimes quando esse nexo não consista na continuação criminosa nem na ocultação de facto criminoso (ex: António praticou um crime de incêndio de uma loja e José praticou um crime de furto na loja incendiada sem estarem combinados; António praticou crime de furto e José praticou crime de receptação do objecto furtado);

IV – Com nexo de continuação criminosa entre os crimes (ex: António e José praticaram combinados vários crimes de furto da mesma loja em diferentes dias, umas

³⁴⁰ Cfr. SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.60.

³⁴¹ No mesmo sentido, SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal, vol.I*, pp.198-199.

³⁴² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, pp.100-101.

³⁴³ Admita-se, no entanto o seguinte exemplo: D, E, F praticam um crime de furto; D, E e G, praticam outro crime de furto. Muito embora possam ser julgados em conjunto, entre F e G não existe uma relação de co-arguição. Logo, não existe impedimento de deporem na qualidade de testemunhas.

vezes ambos, outras separados, mas sempre da mesma forma e no quadro de uma situação facilitadora que diminuía as suas culpas; ou

V – Com nexos de ocultação criminosa entre os crimes (ex: António e José praticaram combinados um crime de homicídio e José praticou um crime de ocultação de cadáver por ter decidido sozinho destruir o cadáver).”

e) – “Vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar”.

Esta alínea abarca situações em que assistimos a uma pluralidade de agentes assim como uma pluralidade de acções criminosas com um nexo de reciprocidade entre si. Admita-se como exemplo: Manuel pratica um crime de ofensa à integridade física simples e um crime de difamação contra João. Este, por seu turno, em jeito de vingança, pratica os mesmos crimes contra Manuel.

É de facto uma situação peculiar, na medida em que ambos são, simultaneamente, autor do crime e ofendido.

No nosso entender, é de todo inoportável a mesma pessoa assumir os dois estatutos. Na esteira do pensamento de Medina Seïça, “... na hipótese em que o ofendido é imputado de um crime conexo o impedimento mantém-se, uma vez que a acumulação de posições jurídicas poderia, se fosse obrigado a depor, constrangê-lo a declarações incriminadoras ou, pelo menos, comprometedoras da sua posição defensiva. Deste modo, caso haja comunhão processual, o meio idóneo para prestar a informação é a «prova por declarações do arguido»; caso não haja comunhão processual, só pode testemunhar se consentir expressamente”³⁴⁴.

4.5 – Outras situações em que se verifica o impedimento

Ainda para efeitos de impedimento, Medina Seïça apresenta mais uma hipótese, além das previstas no art.º 24º, em que se verifica também o impedimento. O mesmo crime

³⁴⁴ SEIÇA. Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.59.

é imputado a vários arguidos, “mas a comprovação da autoria de um deles exclui por lógica necessidade a dos demais (casos de imputação alternativa). Em verdadeiro rigor, o crime não foi cometido em comparticipação uma vez que se trata de determinar uma autoria singular. Porém, parece indesmentível que os vários arguidos deste crime estão reciprocamente impedidos de testemunhar, porquanto ao fazê-lo poderiam comprometer a sua posição de defesa; de facto, todos eles são arguidos do mesmo crime (art.º 133º nº2), embora o não tenham cometido em comparticipação (art.º 24º nº1 al.b)”³⁴⁵.

As situações analisadas até agora partilham a comunhão não só existente entre os processos, assim como entre as imputações. Porém, ainda no âmbito da descrição de situações em que se verifica um impedimento objectivo, urge analisar de seguida uma situação em que se assiste a uma comunhão processual, sem que, contudo, exista de igual modo a umnexo entre as imputações atribuídas aos arguidos. Tenhamos sempre presente a ideia de que o impedimento objectivo de o arguido depor como testemunha pode subsistir independentemente de existir ou ter existido comunhão processual.

Destarte, somos confrontados com uma situação em que existe, como referimos ulteriormente, comunhão processual (os imputados são arguidos no mesmo crime ou crime conexo), sem que contudo haja correspondência entre as imputações atribuídas aos imputados. Nessa medida, Medina Seíça³⁴⁶, sustentado na prática jurisdicional, socorre-se de um caso³⁴⁷ que ocorreu na década de 90 para exemplificar se e como poderá o conhecimento do co-arguido não acusado no processo (conexo) que decorre contra o outro co-arguido ser valorado:

“A e B irmãs, envolveram-se em confronto físico, do qual resultaram lesões corporais em ambas. Um outro irmão, C, tomou o partido de A e discutiu com B, que, entretanto, se armara com uma espingarda de caça e em resposta às palavras do irmão disparou sobre este causando-lhe a morte. A e B foram julgadas pelo Tribunal do Júri, acusadas cada uma de um crime de ofensas corporais; B, julgada, ainda, pelo crime de

³⁴⁵ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.60.

³⁴⁶ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.61.

³⁴⁷ Acórdão do STJ de 28-11-90, Processo nº 41167, disponível em: www.dgsi.pt

homicídio. Na produção de prova do crime de homicídio, A foi ouvida como testemunha, tendo o seu depoimento servido de base à decisão”.

No recurso interposto para o STJ, B alegou que foi violada a al. a) do nº1 do art.º 133º que determina a proibição dos co-arguidos deporem na qualidade de testemunhas, no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem a qualidade de arguidos.

Numa primeira abordagem, poderíamos admitir que esta fundamentação faz sentido, na medida em que este segundo crime (crime de homicídio) é a causa-efeito de um segundo processo, conexo, inclusive. Parece lógico aferir que A só matou C, em virtude da discussão violenta em que se encontrava com B, na qual C tomou partido desta última.

Porém, de acordo com a fundamentação sustentada pelo STJ³⁴⁸, neste caso a co-arguição não existe. A co-arguição apenas se verifica quanto ao primeiro crime – crime de ofensas corporais (recíprocas). Por conseguinte, “sendo A apenas acusada de ofensas corporais (recíprocas) na pessoa de B, só quanto a este delito é desta co-arguida, sendo estranha à restante imputação feita à irmã. Só assim interpretado o preceito é que se poderá haver A como mantendo a predita qualidade de co-arguida o, que de resto, é pressuposto legal quando na lei se diz «enquanto mantiverem aquela qualidade»”.

4.6 - Considerações finais acerca do impedimento em análise

Concluimos assim que este processo espelha perfeitamente que o legislador não se contentou com a aplicação do conceito formal de co-arguido para efeitos de impedimento. Bem pelo contrário. Verificamos assim que neste caso, a conexão – assim como o âmbito objectivo do impedimento e a respectiva delimitação da qualidade de co-arguido - resultam do crime que deu origem à comunhão processual, neste caso, o crime de ofensas corporais recíprocas.

Nessa medida, Medina Seiza admite que “talvez por isso a primeira instância, querendo obter o conhecimento probatório da arguida A quanto ao crime unicamente a

³⁴⁸ Acórdão do STJ de 28-11-90, Processo nº 41167, disponível em: www.dgsi.pt.

cargo da outra, não tivesse pejo em fazê-la interrogar como testemunha, sem se ter colocado, sequer, a hipótese de separação. Tal separação seria, com efeito, inteiramente desnecessária dentro deste entendimento, pois o impedimento subsistindo somente em «relação às infracções em que haja co-arguição», torna-se inaplicável no atinente à restante imputação. Logo, o titular de informação relevante em termos de prova, uma vez não responder penalmente por esses factos pode e deve ser interrogado como testemunha quanto a eles, não obstante ser também arguido naquele processo”³⁴⁹.

Sem querendo contestar a linha de raciocínio explanada pelo STJ, estamos convencidos de que ela merece que reflectamos um pouco mais sobre a mesma.

Da primeira leitura feita à al.a) do nº1 do art.º 133º, poderíamos arguir que a co-arguição manter-se-ia no mesmo processo ou em processos conexos, é certo. Deste modo, parece resultar daqui uma total identificação entre imputações e co-arguidos, ou seja: dois arguidos praticaram o crime de ofensas corporais e num segundo momento, um crime de homicídio. Este exemplo parece não oferecer dúvidas quanto à legitimidade do impedimento objectivo que aqui se espelha. No entanto, em situações como a que temos vindo a analisar, a questão revela-se mais complexa. Neste caso, como vimos, o crime de homicídio apenas é imputado a A, sendo, por isso, B estranha à respectiva imputação. Deste modo, é mister perguntar: Qual será a intenção do legislador? Excluir o impedimento relativamente aos factos autónomos de outro arguido? Ou, pelo contrário, manter o impedimento nestas situações em que o co-arguido é alheio à imputação em causa, mas em virtude de existir comunhão processual?

O entendimento do STJ aponta no sentido de separar as imputações. Desta feita, muito embora existindo comunhão processual, o co-arguido não imputado poderá responder na qualidade de testemunha³⁵⁰, porque neste processo decorrente da prática do

³⁴⁹ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.62

³⁵⁰ Contra, ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.354 – “ O arguido não pode depor como testemunha no mesmo processo sobre factos que são imputados aos seus co-arguidos em exclusivo, pois a capacidade de avaliação do arguido fica prejudicada pela circunstância dos factos se encontrarem numa relação de conexão objectiva com os factos imputados ao arguido, perturbando assim seriamente a liberdade do depoimento. Ao que acrescem as dificuldades de ordem prática para conciliar o direito do arguido de assistência à produção de prova e o dever das testemunhas se retirarem da sala”.

crime de homicídio, nem sequer existe co-arguição. Contudo, também é legítimo arguir: se um dos co-arguidos irá depor relativamente aos factos autónomos do outro co-arguido na qualidade de testemunha, isso vai contra a al.a) do n.º1 do art.º 133º. Para que isso possa ser válido, os processos teriam que ser separados. Nessa medida, quando a lei se refere a “processo conexo” parece apenas aplicar-se naquelas situações em que existe identidade entre as imputações constantes nos processos e entre os arguidos.

Por outro lado, em termos de produção de prova, um co-arguido num processo em que se assiste a uma comunhão processual, assume relativamente a certas imputações a qualidade de arguido e em relação a outras assume a qualidade de testemunha, parece encontrar-se em total desacordo com as regras que compõem a estrutura do Processo Penal.

Socorrendo-nos na Doutrina alemã, somos confrontados com duas teorias opostas.

Por um lado, a teoria dominante, argui que só com a separação dos processos será possível interrogar o co-arguido na qualidade de testemunha (encontrando-se assim desprovido dos direitos que lhe assistiam na qualidade de arguido), mesmo em relação a factos que não constituíssem objecto da sua imputação.

Os defensores de um entendimento que se sustenta no conceito material de co-arguido, admitem a possibilidade de ouvir o co-arguido na qualidade de testemunha relativamente aos factos autónomos à sua imputação. E, tal solução em nada contende, em nada afecta a comunhão entre os co-arguidos e respectiva tramitação processual conjunta.

No que tange às diligências processuais próprias da estrutura do processo penal, estes últimos advogam que não existe um desacordo com a estrutura probatória.

Será que não existem mesmo dificuldades em concentrar no mesmo julgamento e na mesma pessoa a qualidade de testemunha e qualidade de arguido?

Desde logo o arguido não tem ónus de prova (cfr. art.º 32º CRP). Nessa medida, o n.º1 do art.º 343º refere: “o presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa

desfavorecê-lo”. Como determina o nº3 do art.º 140º, “o arguido não presta juramento em caso algum”.

Em sentido contrário, a testemunha é obrigada a prestar juramento (cfr. art.º 132º nº1 al.a), assim como é obrigatório “a retirada da sala das pessoas que devam testemunhar”, ao abrigo do nº1 do art.º 339º.

Parece evidente que a concentração na mesma pessoa das duas qualidades comportará uma grande complexidade dos trabalhos na audiência.

Medina Seíça escreve o pensamento de Prittwitz, por palavras suas: “a impossibilidade de testemunhar ainda nestas situações visa respeitar o fim de protecção respresentado pela formalização de cada posição processual (no caso testemunha ou arguido), e não se compadece com uma fungibilidade dessas funções, ao nível do mesmo processo: o arguido que vai testemunhar, encontra-se a participar naquele processo: o arguido que vai testemunhar, encontra-se a participar naquele processo na veste de arguido, é nesta posição que ele está no processo e nele se movimenta; que exerce os seus direitos e cumpre os seus deveres”³⁵¹.

No entanto, está convencido (Medina Seíça)³⁵² de que os argumentos até aqui sustentados, não são suficientemente fortes para afastar a possibilidade do arguido depor como testemunha relativamente a factos autónomos do outro co-arguido, factos esses alheios à sua própria imputação:

“Sem dúvida, os trabalhos da audiência requerem, nestes casos, uma atenção redobrada em ordem a fazer cumprir as necessárias disposições sobre a produção de prova. Todavia, essas dificuldades não são insuperáveis, desde que se proceda a uma correcta preparação da audiência molde a separar convenientemente a produção de prova para cada infracção, tratando, por exemplo, em primeiro lugar as infracções a cargo apenas de um arguido e nas quais, eventualmente, o outro arguido deverá ser ouvido como testemunha.

³⁵¹ PRITRWITZ, *Der Mitbeschuldigte im Strafprofprozeß*. Frankfurt am Main. Alfred Metzner Verlag: 1984, pp. 86-88.

In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.65.

³⁵² SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.65-66.

Ponto fulcral reside na comprovação da total autonomia da infracção sobre a qual o arguido é chamado a depor, autonomia aferida, já o sabemos à luz do conceito de crime conexo: o juiz deve fazer o raciocínio pela negativa, isto é, verificar se, caso os processos dos arguidos tivessem tramitação separada, poderia o arguido de um testemunhar nos termos gerais no processo do outro. Por outro lado, requer-se que o magistrado advirta com maior cuidado, antes do depoimento, a razão pelo qual o declarante, não obstante arguido naquele processo, vai ser interrogado como testemunha e prestar juramento. Por fim, qualquer questão que ultrapasse o objecto estrito do depoimento – a infracção do outro arguido – tocando de alguma forma o crime do depoente fica subordinada ao regime do impedimento que, como se verá, se deve traduzir na proibição de valoração e impossibilidade de perseguição penal por eventuais falsas declarações”.

4.7 - A violação do impedimento

Após analisarmos o conceito de co-arguido para os efeitos previstos no art.º 133º, assim como a delimitação do âmbito objectivo e subjectivo do impedimento, constatamos, da leitura ao referenciado, que o legislador não determinou qualquer sanção para esta violação.

Consequentemente, a doutrina³⁵³ não tem sido unânime acerca da sanção que deve cominar nestas situações.

Para alguns, a resposta situa-se na interpretação literal, sem levantar dúvidas, no n.º 2 do art.º 118º: “Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto é ilegal é irregular”.

Contudo, sem por em causa o conteúdo e o alcance da norma, entendemos que a sanção não poderá ser uma mera irregularidade. Estamos convencidos de que estamos perante um lapso do legislador. Nessa medida, entendemos que a violação das regras vertidas no art.º 133º devem comportar a sanção máxima: a nulidade. Note-se que o

³⁵³ Cfr. ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.357, defendendo que a violação do art.º 133º implica uma verdadeira proibição de prova relativamente ao depoimento do arguido. Em sentido divergente, tratando-a como mera irregularidade, ANDRADE, Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*, p.194.

legislador teve a preocupação de descrever com detalhe as situações que devem obedecer ao impedimento de o co-arguido depor como testemunha. E essa prova, por obedecer aos requisitos previstos, é tida como um meio de prova, logo, insere-se no âmbito do art.º 125º. “Desta forma, a violação configura uma proibição de produção de prova na forma de uma proibição de meio de prova”³⁵⁴.

Medina Seïça sustenta que esta proibição de prova não deve ser encarada em termos absolutos, “caso o declarante depois de esclarecido do seu direito a recusar o depoimento” o venha a ratificar em interrogatório posterior³⁵⁵.

4.8 - O direito de recusa de depoimento

A lei prevê certas situações nas quais admite que certas pessoas se recusem a depor, como sucede no art.º 134º. Destarte, a autoridade que preside à diligência, sob pena de nulidade³⁵⁶, deverá advertir as pessoas³⁵⁷ em causa de que não são obrigadas a depor, como determina o nº2 do art.º 134º.

“Com efeito, o facto de o familiar de um arguido poder recusar o depoimento em relação a outro arguido não resulta do carácter infraccionável do depoimento. Mas de igual modo, não pode pretender-se que a extensão do direito de recusa constitua um mero efeito reflexo para o arguido não familiar. Se com tal expressão se quer significar o facto do arguido não familiar não ter direito a exigir a recusa do depoimento, por certo que se trata de um efeito reflexo. Mas, então, o próprio arguido familiar só dispõe de um efeito reflexo, pois também ele não tem qualquer direito de exigir o silêncio do seu familiar.

³⁵⁴ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento probatório do co-arguido*, p.94.

³⁵⁵ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento probatório do co-arguido*, p.94.

³⁵⁶ ALBURQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.359 – “ A omissão da advertência é uma nulidade. Esta nulidade consubstancia uma verdadeira omissão de prova resultante da intromissão na vida privada”. No mesmo sentido, ANDRADE, Costa, *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*, p.77.

³⁵⁷ SEIÇA, Medina, “prova testemunhal, recusa de depoimento de familiar de um dos arguidos em caso de co-arguição. Anotação do ac. do STJ de 17.01.1996”, in *RPCC*. Ano 6, pp.480-496.

A protecção do direito do familiar justifica-se, pois, em nome dos laços familiares, que, como justamente se assinala, podem ficar de igual modo prejudicados quando o familiar tem de declarar num processo contra outro arguido não familiar mas em que os factos sobre que os quais incidirá o depoimento, constituem o objecto do processo do arguido seu familiar. Portanto, também neste caso se justifica a adopção de um conceito material de co-arguido, de molde a proteger completamente o círculo de interesses digno de tutela e a evitar a possibilidade de existirem aqui alterações à configuração processual (por exemplo, separando processos) para conseguir obter o depoimento da testemunha”³⁵⁸.

³⁵⁸ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.102.

Capítulo IV

(A valoração do conhecimento probatório do co-arguido)

1 – Considerações iniciais

No presente capítulo iremos focar-nos na valoração das declarações prestadas pelo co-arguido em sede de julgamento.

Serão analisados os fundamentos invocados pela doutrina que fundamentam a possibilidade de valoração ou não valoração dessas mesmas declarações, à luz do princípio da livre apreciação da prova.

A realidade com que os tribunais são confrontados hodiernamente, facilmente nos demonstra o elevado número de processos a decorrer, assim como um considerável grau de dificuldade que muitos deles comportam. Seja pela existência de vários tipos legais de crime, e /ou vários co-arguidos. Desta feita, não podemos ignorar as declarações por eles prestadas. Sem dúvida relevam-se material probatório privilegiado³⁵⁹. Duplamente privilegiado, aliás: por um lado, este co-arguido teve um contacto directo com o acontecimento e com os demais arguidos; por outro, a sua posição revela-se privilegiada para omitir ou falsear declarações. Por conseguinte, deve ser analisada e valorada com grande prudência, face ao seu carácter volátil. A propósito, mesmo considerando a possibilidade de valoração destas declarações, que em nada contendem com o espírito do art.º 126º, Teresa Beleza³⁶⁰ afirma, peremptoriamente que se trata de um meio de prova de “diminuída credibilidade”.

³⁵⁹ Cfr. BELEZA, Teresa, “«tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento do co-arguido no Processo Penal Português”, in *Revista do Ministério Público*. Ano 19, nº74, p.51; No mesmo sentido, SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.141.

³⁶⁰ BELEZA, Teresa, “«tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento do co-arguido no Processo Penal Português”, in *RMP*. Ano 19, nº74, p.47.

Esta valoração depende, muito em parte, das políticas emanadas pelos nossos políticos, as quais constituem assim os pilares estruturantes do nosso ordenamento processual. Relembramos, a propósito, as palavras de Figueiredo Dias: “Diz-me como trata o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”³⁶¹.

Na esteira do pensamento de Medina Seíça, cumpre ter presente a distinção entre possibilidade de valoração, que tem que ser analisada primeiramente e, num segundo momento os critérios que aferem a valoração dessas declarações prestadas pelo co-arguido: “Importa demonstrar que as declarações de um co-arguido, na parte respeitante aos factos do outro arguido, configuram material probatório legitimamente valorável³⁶². Com efeito, a invocação do princípio da livre apreciação não pode obnubilar a questão prévia da própria possibilidade da valoração. Ao invés, importa alertar, desde já, contra o perigo de uma certa interpretação ainda não eliminada sem resto e que tende a confundir o problema do critério da valoração com o da possibilidade da valoração, remetendo-os indiferenciadamente para os quadros da livre apreciação que, assim, não só justificaria a recusa de quaisquer limites à apreciação judicial, mas ofereceria, ainda, cobertura para o aproveitamento desse conhecimento.

Os dois problemas devem, no entanto, manter-se separados. Como se sabe, o fenómeno probatório encontra-se imbuído de uma série de comandos destinados a garantir a conformidade do procedimento às regras do Estado-de-Direito. Embora com fundamentos diversificados, a nossa lei apresenta numerosos exemplos de regras que, estabelecendo os limites ou os modos de produção de um determinado meio probatório conformam, simultaneamente, a possibilidade de valoração. Assim, a interdição do testemunho de ouvir dizer ou do reconhecimento feito sem o respeito do *modus prescrito*, impõem ao aplicador a desconsideração da parcela de conhecimento dessa forma adquirindo não o levando aos fundamentos da decisão. Numa palavra, impõe a proibição da sua valoração”.

2 - A negação da possibilidade de valoração das declarações dos co-arguidos, em caso de co-arguição.

³⁶¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.428.

³⁶² SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.142-143.

2.1 - A posição de Rodrigo Santiago

A negação da possibilidade de valoração das declarações do co-arguido contra outro co-arguido, tem assumido uma posição minoritária, nomeadamente da Doutrina.

Em Portugal, Rodrigo Santiago³⁶³ afirma de forma peremptória a impossibilidade³⁶⁴ de valorar essas declarações³⁶⁵. Desta feita, iremos salientar as linhas argumentativas do seu raciocínio.

Um dos aspectos por si focados, prende-se com o facto de o legislador, não raras as vezes, não fazer uma referência expressa a situações de co-arguição. A estrutura do CPP é pensada com base na existência de um só arguido. Por conseguinte, sempre que esta verifica (co-arguição), teremos que fazer uma interpretação correctiva³⁶⁶, o que, do seu ponto de vista, nem sempre é possível: “E se é certo que, as mais das vezes, sem distorcer, onde se lê arguido e defensor se pode compreender «arguidos» e «defensores», o Código não deixou de editar disciplina nas circunstâncias em que tal interpretação «correctiva», não tem manifestamente cabimento, carecendo, et pour course, de ser mesmo, «corrigida» ou interpretada automaticamente (...)”³⁶⁷.

Uma das normas em se constata a ausência de referência à co-arguição é o nº2 do art.º 345º³⁶⁸. “Pois muito bem, como esta é daquelas normas que à primeira vista poderia

³⁶³ SANTIAGO, Rodrigo, “ reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 4, fascículo 1: 1994, p.49.

³⁶⁴ Porém, no CPP 29, o legislador, no art.259º reconhecia expressamente a possibilidade de valoração como meio de prova as declarações dos co-arguidos de forma recíproca.

³⁶⁵ SANTIAGO, Rodrigo, “ reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987” - “ (...) nem sequer as declarações dos co-arguidos podem ser validamente assumidas como meio de prova, por banda de um ou mais deles, relativamente ao outro ou outros”, in *RPCC*. Ano 4, fasc.1 p.49.

³⁶⁶ Tomemos por exemplo, o art.º 334º ns 2 e 3. Por conseguinte, a possibilidade de o arguido ser julgado na sua ausência deverá valer, de igual modo, para os demais co-arguidos, sempre que o processo tenha dois ou mais arguidos.

³⁶⁷ SANTIAGO, Rodrigo, “ reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987”, in *RPCC*. Ano 4, fasc.1 p.52.

³⁶⁸ “O MP, o advogado do assistente e o defensor podem solicitar ao presidente que formule ao arguido perguntas, nos termos do número anterior”.

permitir tal «interpretação correctiva», então parece legítimo formular-se a seguinte pergunta: porquê preconizar uma leitura literal (...) deste normativo, e não aquela «correctiva» ou «interpretativa»? A resposta é simples, desde logo na própria sede literal: porque a lei não o quis. Na verdade não seria tão inapto ao legislador (...) que, por inadvertência, não tivesse estabelecido expressamente a audição contraditória do arguido que prestou declarações, por banda dos defensores dos restantes co-arguidos, no mínimo, pelos defensores cujos defendidos tenham sido afectados por esse meio de prova a que a lei chama de «declarações do arguido»³⁶⁹. Isto significa que “apenas” ao advogado do assistente é permitido solicitar ao presidente a possibilidade de formulação de uma questão dirigida ao arguido.

Rodrigo Santiago encontra-se, pois, convencido de que esta omissão não foi por mero acaso. Bem pelo contrário: “o legislador não actuou por inadvertência, antes tendo incorrido na referida «omissão» de caso pensado, aí estão os n.4, 5, e 6 do art.348.º, relativo à inquirição de testemunhas, no qual o legislador expressamente dispõe a possibilidade de os defensores dos co-arguidos inquirirem as testemunhas arroladas por um outro co-arguido”³⁷⁰.

Outro dos argumentos gizados que determinam, a seu ver, a impossibilidade de valoração, prende-se com flagrantes contradições, que poderão ocorrer em caso de separação de processos:

“Suponhamos que a referida separação é determinada pelo facto de, respondendo diversos co-arguidos, e encontrando-se um ou mais em prisão preventiva e outros em liberdade provisória. Destes últimos há um que sistematicamente falta injustificadamente ao julgamento. Nestas circunstâncias, v.g., o Tribunal pode ordenar oficiosamente a referida separação. Posto o que serão julgados conexamente os arguidos que se encontrem presentes, sendo aqueles ausentes julgados logo que possível, nos termos da lei.

³⁶⁹ SANTIAGO, Rodrigo, “ reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987”, in *RPCC*. Ano 4, fasc.1, p.53.

³⁷⁰ SANTIAGO, Rodrigo, “ reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987”, in *RPCC*. Ano 4, fasc.1, p.53.

Pois muito bem: findo o julgamento, bem pode ficar provado que um dos arguidos ausentes foi autor de determinado crime, ou participou nele. Porém, tal decisão é-lhe inoponível, por isso que a mesma não constitui contra ele caso julgado, dado não ter ainda sido julgado, e, como tal, convencido da prática do crime, a qual, porventura, bem pode vir a negar, quando for julgado.

Ora, verificado o descrito circunstancialismo, quando aquele ou aqueles que não responderam vierem a ser julgados, bem pode suceder que, arrolados como testemunhas ou os que anteriormente haviam respondido e porventura sido condenados, nos termos do art.º 133º n.º2, não consentam em ser inquiridos na veste de testemunhas.

Por outro lado, aqueles que tiverem sido julgados, por decisão transitada, nos termos do art.º 57º n.º2, perdem o estatuto de arguido. E, na consequência, não se vê como se lhes possa exigir a prestação de depoimento, na sede de prova por «declarações do arguido», que o referido arguido, na hipótese, já não é. Pelo que a hipótese da absolvição do arguido ou arguidos que vão, por último, responder não é de afastar.

Porém, note-se bem, adentro da lógica do meu entendimento, tal nunca poderá ser imputado à circunstância de os co-arguidos, no caso concreto, não virem a depor, pois um tal resultado é expressamente afastado pelo entendimento que julgo correcto.

Logo, a verificar-se uma contradição de julgados, tal apenas se poderá imputar às contingências do subsequente julgamento. Porém, àqueles que assim não entendam as coisas, sempre se poderá ripostar ao que se crê, triunfantemente (...). Mesmo esses, em hipótese como a configurada, terão de inexoravelmente aceitar a, em todo o caso sempre deletéria, eventual constrição de julgados, como resultado da concordância prática do âmbito de aplicação das normas acima referidas³⁷¹.

Vamos ao ponto fulcral do nosso objecto de estudo. Já referimos anteriormente a convicção de Rodrigo Santiago no sentido de ripostar a valoração das declarações prestadas por um co-arguido contra outro (s) co-arguido (s).

³⁷¹SANTIAGO, Rodrigo, " reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987", in *RPCC*. Ano 4, fasc.1, pp.56-57.

Propomo-nos expor de seguida, os argumentos que atestam o seu entendimento.

“Respondendo um só arguido, poder-se-ia dizer que o respectivo valor é aquele que o Tribunal lhe quiser conferir, de acordo com o princípio da livre convicção probatória. Porém, a norma do art.º 344º n.º3 al.c), desde logo parece querer refutar este entendimento, pois só lhe confere tal valor, verificadas duas circunstâncias: por um lado, que o crime não seja punível com pena de prisão superior a três anos³⁷², e, por outro, que o tribunal se convença que a confissão foi produzida em plena liberdade de autodeterminação (...).

O que significa que, nem verificado o referido pressuposto, à confissão é atribuído um efeito «cominatório», sendo certo que, também aqui, a confissão decorre do meio de prova, «declarações do arguido». O que acarreta o ter-se «protegido» no valor probatório a atribuir à confissão – logo, ao arrepio do diploma processual precedente – ainda assim tal progresso foi cuidadosamente ponderado, não podendo, pois, ser visto em termos absolutos.

E no que toca às declarações de um ou mais arguidos, havendo outros e entre eles recorrendo co-arguição?

Desde logo, há que acentuar que, como é consabido, através do processo, não se visa a descoberta da verdade absoluta ou ontológica, mas apenas a de uma verdade judicial. Obtida de forma intraprocessualmente válida, também cunhada de «verdade material ». Ora, admitamos que em determinado processo, respondem, pelos mesmos factos alegadamente delituosos, cinco co-arguidos. Um presta declarações e os restantes declaram não pretenderem fazê-lo, guardando durante a audiência mutismo absoluto.

Sabido como é que, o arguido não está obrigado a depor com verdade, será que, seriamente, as declarações deste podem ser assumidas como meio de prova, relativamente aos seus co-arguidos? Ou não será que um tal entendimento escancara as portas ao

³⁷² A alínea c) do n.º3 do art.º 344º foi alterada pelo art.1º da Lei n.º59/98, de 25 de Agosto. Conforme o disposto nos números 1 e 2 do art.º 6º do diploma, a presente alteração será aplicável aos processos que se encontrem pendentes a partir de 1 de Janeiro de 1999, salvo aqueles em que tenha sido interposto recurso da sentença, nos termos do n.º3 do art.º 411º, os quais continuarão a reger-se pelas disposições anteriormente em vigor. Por conseguinte, a nova redacção determina: “O crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos”.

farisaísmo de converter a mentira, ou a sua mera possibilidade, em meio de prova, relativamente a terceiras pessoas?

Contra este argumento, poder-se-ia contrapor ser sempre pensável que as declarações prestadas, no caso acima figurado, pelo referido co-arguido, venham a corresponder à verdade judicial, assumida através de outras provas. Porém, afigura-se ser o argumento falacioso, pois se a prova produzida em julgamento – pondo, agora, entre parênteses «aquela» decorrente das declarações do arguido que «confessou» - sempre se poderá rebater tal forma de ver as coisas, através de uma fundamentação que se limite aos restantes meios de prova que percutiram, de modo decisivo, o espírito do julgador ou julgadores.

Repare-se: nos termos da lei, o silêncio do arguido não poderá, em circunstância alguma, desfavorecê-lo. Todavia, no caso, quer se queira, quer não, os respectivos silêncios acabaram por desfavorecê-los de forma efectiva, porquanto se se tivessem disposto a declarar, bem poderiam ter abalado a eficácia de convicção atribuída que, com verdade ou contra a verdade, concordou em prestar declarações. Dir-se-á: se os arguidos não prestaram declarações, foi por sua vontade, porventura ao abrigo de uma estratégia de defesa ante delineada. Assim, no tocante ao referido resultado – a declaração do seu co-arguido ter constituído meio de prova contra os outros – relativamente a estes, *sibi imputet*.

Todavia, como já dito, o silêncio nunca pode desfavorecê-los, sendo mesmo o exercício do direito ao silêncio a concretização, não é demais referi-lo, do «princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais – da preservação da dignidade pessoal».³⁷³

Desta feita, conclui a sua linha de raciocínio afirmando que as declarações prestadas em sede de co-arguição poderão servir como meio de prova e de defesa – “declarações do arguido”-, tão-só relativamente àquele que as prestou.

Por conseguinte, se o tribunal formar a sua convicção predominantemente com base nas declarações prestadas pelos co-arguidos em relação aos demais – atente-se sobretudo

³⁷³ SANTIAGO, Rodrigo, " reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987" in *RPCC*. Ano 4, fasc.1, pp.58-60.

aqueles casos em que algum(s) dos co-arguidos se remete ao silêncio -, verifica-se “uma nulidade do julgamento, por violação do disposto nos arts. 323º al.f) e 327º nº2, entre outros, todos do Código do Processo Penal”³⁷⁴.

2.2 – A posição perfilhada por Prittwitz

Na doutrina estrangeira, nomeadamente na alemã, pela voz de Prittwitz, apresenta entendimento similar ao de Rodrigo Santiago: “a declaração do arguido é apenas fundamento da decisão proferida contra si; não deve ser valorada para fundamentar a decisão contra o co-arguido”³⁷⁵.

Medina Seica explicita de forma clara o pensamento deste jurista alemão, afirmando: “O autor, porém, vai mais longe na sua argumentação, aplicando igual raciocínio às declarações do co-arguido (material) mesmo quando investido na veste de co-arguido formal. Para Prittwitz, o interrogatório do co-arguido sobre a contribuição no facto de outro co-arguido e a sua valoração constitui uma troca de papéis material. Sem dúvida, esclarece, o co-arguido agora não se encontra colocado na posição de testemunha, pois assume no processo uma posição formal (co-arguido) correspondente à material (co-arguido). «No momento, porém, em que ele declara sobre os factos ou a contribuição nos factos de outro arguido assume a função e posição material de uma testemunha»³⁷⁶ sem que assumam a posição processual correspondente.

Ora, continua, o princípio da incompatibilidade entre as posições de arguido e testemunha não proíbe apenas que o co-arguido material assumam a veste formal de testemunha mas também que o co-arguido formal assumam a função (material) de testemunha, pois a lei processual pressupõe a harmonia entre a função formal e material. As suas declarações configuram, materialmente, um depoimento testemunhal, sem que o co-arguido tenha assumido, formalmente, essa veste processual de testemunha. (...) O critério

³⁷⁴ SANTIAGO, Rodrigo, “reflexões sobre «as declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987”, in *RPCC*. Ano 4, fasc.1, p.62.

³⁷⁵ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.232. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.149.

³⁷⁶ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.156. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.148.

da livre apreciação só opera em relação aos meios de prova considerados legítimos pela lei, não podendo servir para a sua ampliação.

Sem dúvida, o autor não pretende negar a consideração das declarações do arguido. Mas essa consideração deve perspectivar-se à luz da posição processual que o co-arguido assume no processo: «O co-arguido assume apenas a posição de arguido»³⁷⁷. E, por isso, enquanto «declarante não é um meio de prova»³⁷⁸: pelo contrário, é um sujeito processual e tem direito – sem que se altere consoante haja ou não mais do que um arguido – a uma activa interferência processual e à consideração das suas declarações. A particularidade de um processo com vários arguidos reside no facto de cada declaração de um arguido poder tocar circunstâncias relevantes para a decisão respeitante a outro. Note-se, no entanto, que, enquanto a influência das declarações de um arguido para efeitos da decisão contra si proferida constitui um efeito da participação legalmente prevista do arguido no processo, a situação torna-se completamente diversa no que respeita aos outros co-arguidos. Porque aqui a «declaração representa material, estrutural ou conceitualmente um testemunho»³⁷⁹, sem que o declarante assuma a posição de testemunha prevista na lei. Tal só poderia acontecer se as declarações de co-arguido estivessem ao serviço do esclarecimento do facto. O que, porém, não ocorre, porquanto ao co-arguido é reconhecido um direito ao silêncio sem restrições, incluindo também o facto dos outros co-arguidos, sendo a própria lei a renunciar a tal esclarecimento: a consideração das declarações do arguido não é um direito do tribunal mas um direito do arguido”³⁸⁰.

Em situações como a que se encontra prevista no nosso art.º 133º em que verificados os requisitos enunciados no mesmo, o co-arguido poderá depor na qualidade de testemunha, Prittwitz rejeita de igual modo, mas, é importante fazer esta referência: como explica Medina Seïça, apenas “na parte em que se referem ao outro arguido comportem uma dramática perda de prova e, até, consequências negativas para o arguido. Assim, a proibição de valoração das declarações de um co-arguido em relação aos demais só vale quanto às declarações desfavoráveis, pois só estas, enquanto elementos fundantes da

³⁷⁷ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.229. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.149.

³⁷⁸ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.231. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.149.

³⁷⁹ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.231. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.149.

³⁸⁰ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.148-149.

condenação estão abrangidas pela restrição dos meios probatórios fixados na lei. Uma vez aparecidas dúvidas quanto à culpa de um co-arguido, em virtude das declarações de outro, tal deve naturalmente conduzir à absolvição com apoio no «in dubio pro reo»³⁸¹.

3 - A valoração do conhecimento probatório do co-arguido

A valoração das declarações prestadas por um co-arguido em relação a outro(s) arguido(s) no processo tem acolhido a opinião da generalidade da doutrina³⁸².

Admitindo-se tal valoração, esta deve perspectivar-se no âmbito global do direito de prova. Desde logo, o art.º 127º dispõe que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. O primeiro argumento esgrimido nesse sentido, seria o de integrar as declarações do co-arguido no âmbito das «declarações do arguido». No entanto, como já referimos anteriormente, a valoração destes conhecimentos é descartada desde logo, como defende Prittwitz, «o co-arguido assume apenas a posição de arguido»³⁸³. E por isso, enquanto «declarante não é um meio de prova»³⁸⁴. Na opinião de Medina Seíça, por seu turno, “pode argumentar-se, de facto, que da circunstância de a lei considerar como meio de prova as declarações do arguido e atribuir até um significado probatório acrescido a certos casos de confissão³⁸⁵, não equivale a dar por adquirido que também as declarações do co-arguido podem ser consideradas”³⁸⁶.

Muito embora o legislador não tenha regulado de forma expressa, sem deixar margem para dúvidas, de que a valoração das declarações dos co-arguidos podem e devem ser valoradas, também não afirmou o contrário. Mais que isso: até o poderá ter admitido,

³⁸¹ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.232. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.149-150.

³⁸² SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.I., p.208

³⁸³ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.156. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.148.

³⁸⁴ PRITTWITZ, *Der Mitbeschuldigte*, p.356. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.149.

³⁸⁵ Cfr. art.º 344º.

³⁸⁶ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.153.

ainda que de forma indirecta. Prova disso é o novo nº4 do art.º 345º, aditado pelo art.º 1º da Lei nº48/2007, de 29 de Agosto³⁸⁷.

Sendo certo que as referências que vão sendo feitas ao co-arguido ao longo do CPP não são muitas, estamos convencidos de que muitas delas, do seu espírito, é possível gizar essa linha argumentativa, ou seja, inferir o valor probatório das declarações prestadas pelo co-arguido, em sede de co-arguição³⁸⁸.

Art.º133º nº1 al.a) e nº2 - Esta matéria já foi abordada em momento anterior. Cfr. capítulo III, ponto 4;

Art.º 146º - O art.º 146.º, no seu nº 1 admite a acareação nomeadamente entre co-arguidos³⁸⁹, se se verificar uma contradição nas suas declarações³⁹⁰, “e a diligência se afigurar útil à descoberta da verdade”. É mister que a prova cuja contradição se pretende esclarecer, possa ser utilizada na fase em que se procede à acareação entre os sujeitos processuais em causa. Assim sucede, na medida em que se ocorrer uma contradição evidente entre as declarações prestadas na fase de inquérito pelas testemunhas e pelo arguido, nesse caso, não haverá acareação na fase final do processo, ou seja, na fase de julgamento. O mesmo se aplica se dois co-arguidos na fase de inquérito prestarem

³⁸⁷ “Não podem valer como meio de 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 ns. 1 e 2”; Cfr. Capítulo V.

³⁸⁸ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.160 – “Na verdade, a lei não só não proíbe essa valoração como indica em vários preceitos que ela deve ocorrer. Note-se ainda, que da norma consagradora do impedimento dos co-arguidos testemunharem não resulta a proibição de valoração, mas a proibição de aquisição do conhecimento probatório do co-arguido, salvo no caso previsto no nº2, na forma do testemunho”.

³⁸⁹ A acareação pode ocorrer não só (1 -) entre co-arguidos. De igual modo pode operar no confronto de declarações prestadas por: 2 – entre o arguido e a testemunha; 3 – entre testemunhas; 4 – entre o arguido e o assistente; 5 – entre os assistentes; 6 – entre o assistente e a testemunha; 7 – entre o lesado e a testemunha; 8 – entre o assistente e as partes civis; 9 – entre o arguido, a testemunha e o assistente; 10- entre o arguido e as partes civis; 11 – entre partes civis; 12 – finalmente, entre as partes civis e testemunha.

³⁹⁰ Como explica SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II., p.210, “ este meio de prova pode ser muito útil. Com efeito, a divergência de depoimentos sobre o mesmo facto, pode não resultar, e muito frequentemente não resulta, da existência de depoimentos mentirosos, mas de naturais divergências na apreensão das sensações, retenção na memória e sua transmissão pelo depoimento. Sucede muitas vezes que a divergência é só aparente e resulta de omissões involuntárias ou deficiências de expressão nos depoimentos. A acareação pode permitir esclarecer as divergências por permitir refrescar a memória sobre as circunstâncias dos factos e frequentemente porque permite compreender a causa das próprias divergências, facilitando, por isso, a sua melhor valoração”.

declarações contraditórias na fase de inquérito. Como relembra Germano Marques da Silva, “essas declarações não são admissíveis como meios de prova na fase de julgamento, não pode proceder-se à acareação relativamente a elas nesta fase processual, porque seria inútil³⁹¹”.

A iniciativa de solicitar a prova por acareação pode partir do tribunal ou, de igual modo, dos sujeitos processuais, como determina o n.º 4³⁹². Nessa medida, ao abrigo do n.º 4 do artigo em análise, “a entidade que presidir à diligência, após reproduzir as declarações, pede às pessoas acareadas que as confirmem ou modifiquem e, quando necessário, que contestem as das outras pessoas, formulando-lhes em seguida as perguntas que entender convenientes para o esclarecimento da verdade”.

Pinto de Albuquerque reconhece que “a estrutura da acareação é muito flexível, permitindo uma grande discricionariedade que preside à diligência”³⁹³.

A prova por acareação encontra-se assim dependente da verificação de dois requisitos formais, a saber: por um lado, todos os sujeitos processuais têm o direito de tomar conhecimento das declarações que se encontram em contradição com as suas, assim como, de seguida, terem a oportunidade de confirmar ou infirmar as mesmas. Mas para que o sujeito processual possa ou não confirmar as declarações por si anteriormente prestadas, deve o juiz presidente na audiência, como já referimos, reproduzi-las.

Como adiante Medina Seíça evidencia, “pode argumentar-se, é certo, que a norma não se reporta de forma directa à possibilidade da valoração das declarações em face dos outros³⁹⁴, antes se destina a determinar, perante as contraditórias versões, qual a que deve

³⁹¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.210.

³⁹² O MP no decorrer da fase de inquérito, o juiz na fase de instrução e o juiz presidente na audiência de julgamento têm competência para determinar a acareação. Contudo, os OPC's, poderão proceder a acareação sempre que tal competência lhes seja delegada pelo MP (cfr. art.º 270º). Contudo, esta regra comporta uma excepção. Sempre que estejam em causa testemunhas que já prestaram juramento, a acareação das mesmas apenas pode ser feita pelo MP, como determina a al. a) do n.º 2 do art.º 270º.

³⁹³ ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.405.

³⁹⁴ A lei fala tão-só em confronto de declarações. Isso não significa, como é evidente, que estas possam ser valoradas. São duas questões diferentes e, nessa medida, merecem uma análise individual.

merecer a credibilidade do Tribunal. Todavia, não há dúvida que o conhecimento adquirido pela acareação dos co-arguidos serve para formar a convicção do julgador, para fixar a imagem dos factos mais credível, imagem que, depois, se repercutirá na decisão a tomar em relação a todos. Por outro lado, quando a lei expressamente prevê que na acareação se contestem as respostas das outras pessoas, manifesta ainda uma ideia de defesa: qualquer dos arguidos tem o direito de procurar ainda uma ideia de defesa: qualquer dos arguidos tem o direito de procurar rebater, querendo, todos os elementos que possam comprometer a sua posição, o que não deixa de significar a possibilidade de as declarações de cada arguido poderem vir a relevar também para a decisão a tomar em relação ao outro;³⁹⁵,

Art.º 343º n.º4 - O artigo em análise dispõe: “Respondendo vários co-arguidos, o presidente determina que devem ser ouvidos na presença uns dos outros; em caso de audiência separada^{396 397}, o presidente³⁹⁸, uma vez todos os arguidos ouvidos e regressados à audiência, dá-lhes resumidamente conhecimento, sob pena de nulidade, do que se tiver passado na sua ausência”.

Se os arguidos forem interrogados na presença dos demais evidencia, sem dúvida, a efectivação do direito do arguido a estar presente. Porém, sempre que forem ouvidos separadamente, o seu direito de defesa não fica descurado, na medida em que, sob pena de nulidade, o juiz tem o dever de lhe resumir os factos declarados em audiência. “Na verdade, a necessidade de se dar conhecimento ao arguido ausente de quanto o co-arguido tenha declarado configura uma inequívoca expressão do seu direito de defesa, porquanto é possível que o co-arguido, ao depor, haja afectado o co-arguido ausente. Assim, julgamos mais defensável, em face do preceito, a possibilidade assumida pela lei de valoração do

³⁹⁵ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.154.

³⁹⁶ ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.860, encara a audiência separada dos arguidos como “um instrumento conveniente para a descoberta da verdade, à imagem da previsão do art.º 427º do CPP de 1929”.

³⁹⁷ Cfr. Art.º 352º al.a) CPP.

³⁹⁸ O juiz presidente deve ainda informar o arguido de que não é obrigado a prestar declarações e, nessa medida, o seu silêncio não o poderá prejudicar (cfr. art.º 343º n.º1).

conhecimento probatório do co-arguido, valoração essa, porém, que é contrabalançada justamente pela garantia constante do art.º 343º n.º4”³⁹⁹.

É imperioso reter a ideia de que respondendo vários arguidos, não poderão valer como meio de prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro declarante se este último se recusar a responder às perguntas que lhe forem dirigidas, na qualidade de arguido, sobre os factos que se encontram em análise no decorrer da audiência, e este se remeter ao silêncio, como determina o n.º4 do art.º 345º;

Art.º 344º n.º3, al. a) - “Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que: Houver co-arguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles”⁴⁰⁰.

“A decisão do tribunal sobre o carácter livre, integral, verdadeiro e sem reservas da confissão e as respectivas consequências processuais é uma decisão complexa, que exige uma fundamentação fáctica e jurídica (art.º 97º n.º5) e é recorrível (art.º 399º)”⁴⁰¹.

Para que a confissão⁴⁰² possa gerar efeitos processuais, é necessária a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

A confissão seja prestada de livre e espontânea vontade. Deste modo, sempre que o tribunal concluir pela dúvida da voluntariedade ou do discernimento⁴⁰³ (melhor, falta dele) sobre os factos relevantes na descoberta da verdade, não deverá valorá-los;

³⁹⁹ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.155.

⁴⁰⁰ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.207, nota 1 – “Compreende-se a limitação. Se houver co-arguidos que não confessem o processo terá de prosseguir e sendo assim não tem qualquer relevância, em termos de economia processual, a confissão de um deles. A confissão pode, porém, ser sempre tida em conta na valoração da prova e considerada na medida da pena”.

⁴⁰¹ ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.865.

⁴⁰² Cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.440.

⁴⁰³ EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, p.286, nota 3 - “Quando se suscitar na audiência a questão da inimputabilidade ou da imputabilidade diminuída do arguido o tribunal pode ordenar a comparência de um perito (ou requisitar perícia a estabelecimento especializado) para se pronunciar sobre o seu estado psíquico (art.º 351º)”.

A confissão tem que ser integral e sem reservas⁴⁰⁴ – no caso de co-arguição⁴⁰⁵, é mister que todos eles tenham confessado os factos de forma coerente, abrangendo assim todas as declarações relevantes para a imputação criminal.

Que o crime seja punível com pena de prisão não superior a cinco anos⁴⁰⁶.

Desta feita, a confissão integral, livre e sem reservas traduz-se numa renúncia à produção de prova relativamente aos factos imputados constantes na acusação que, por conseguinte, se considerarão como provados, passando-se, de seguida às alegações orais.

Art.º 345 n.º4 - “Não podem valer como meio de 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”.^{407 408}

Nesse sentido, Pinto de Albuquerque afirma prontamente a inexistência de qualquer impedimento que obste a que o arguido deponha nessa qualidade contra os demais co-arguidos⁴⁰⁹. Contudo, a valoração desse meio de prova, requer que sempre que o co-arguido, sob o qual recaiam as imputações proferidas por outro co-arguido e se remeta ao silêncio, esse mesmo silêncio não pode ser valorado como meio de prova.

⁴⁰⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.206 – “Se o arguido prestar declarações, confessando os factos imputados, releva a fase processual e a forma da confissão para determinar os seus efeitos probatórios, muito embora seja sempre válido o princípio de que o valor probatório da confissão será sempre livremente apreciado pelo tribunal. É que, mesmo nos casos em que a lei atribui efeitos especiais à confissão integral e sem reservas, com a consequente dispensa de produção de outra prova, tal apenas sucede num momento posterior ao funcionamento do princípio da livre apreciação da confissão pelo tribunal para determinar se a mesma reveste ou não as características de «confissão livre, integral e sem reservas»”.

⁴⁰⁵ ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.866 – “Esta só se aplica aos co-arguidos a quem são imputados factos entre os quais haja um nexo de participação, causa ou efeito, continuação, ocultação ou reciprocidade, devendo as confissões de todos estes co-arguidos serem coerentes. Se aos co-arguidos forem imputados factos entre os quais não haja nenhum destes nexos, o tribunal pode apreciar a confissão do co-arguido isoladamente, isto é, não se aplica a excepção do n.º3 al. a)”.

⁴⁰⁶ A al. c) do n.º3 do art.º 344º foi objecto de alteração pelo art.1º da Lei n.º59/98, 25 de Agosto.

⁴⁰⁷ O n.º4 do art.º 345º foi aditado pelo art.º 1º da Lei n.º48/2007, de 29 de Agosto.

⁴⁰⁸ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II. p.208; Cfr. Capítulo V.

⁴⁰⁹ Cfr. ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário Do Código De Processo Penal*, p.870.

Por outro lado, este meio de prova deve ser rodeado das maiores cautelas, por ser volátil⁴¹⁰. Nessa medida, a sentença não poderá ter como alicerce primacial “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.1 e 2”.

4 - O critério da valoração do conhecimento probatório do co-arguido

4.1 - Enquadramento

Da exposição até aqui delineada, é inarredável a ideia do reconhecimento do conhecimento probatório do co-arguido enquanto meio de prova é admissível pelo CPP⁴¹¹. Falta, contudo, analisar o modo, quais os critérios que devem nortear esse mesmo conhecimento.

Sem dúvida alguma que o tema da prova, mormente a sua valorização, revela-se um tema muito sensível e altamente complexo. Existem inúmeros problemas que esbarram com a sua valorização. Tenha-se presente que o nosso sistema, muito embora sendo de natureza acusatória (cfr. art.º 32º nº5 CRP) – temperado por um princípio da investigação -, é, de igual modo garantista. Por seu turno, a valorização da prova e a consequente sentença do arguido não podem “ferir” os seus direitos fundamentais, nomeadamente, a sua dignidade e a sua presunção de inocência.

Desta feita, propomo-nos fazer, ab initio, um enquadramento histórico, onde se evidenciará que os critérios subjacentes à valoração dos meios de prova (lato sensu) foram variando ao longo do tempo, fruto de uma natural evolução do tipo de pensamento lógico adstrito aos diversos modelos de processo probatório. Por conseguinte, faremos um

⁴¹⁰ Cfr. Teresa Beza, “«tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português”, in *RMP*. Ano 19, nº74, pp.48-49 – “... se pode retirar da regulamentação da lei portuguesa uma ideia de diminuída credibilidade do depoimento de co-arguido, o que em alguma medida «afecta» aquela liberdade de convicção (...). Trata-se, em meu parecer, de uma prova que merece reservas e cuidados muito especiais na sua admissão e valor, dada a sua fragilidade”.

⁴¹¹ Cfr. art.º 125ºCPP.

enquadramento desses mesmos critérios, dando um especial enfoque ao princípio da livre apreciação da prova.

No decorrer da exposição será evidente a constatação de que a liberdade do órgão judicial no exame do material probatório é fortemente influenciada pelos valores imperantes na época, o que, por ser turno, repercutir-se-á na confiança depositada no juiz.

Num segundo momento, tendo já presentes as traves-mestras subjacentes aos vários critérios de valorização do meio de prova, propomo-nos confrontar o critério da livre apreciação da prova com as declarações do arguido, dando um especial enfoque à técnica da corroboração.

Trata-se, indubitavelmente de uma questão que redunda num problema jurídico-político de maior importância. É evidente que as soluções que caracterizam os diversos sistemas são o espelho das políticas e dos ideais dos governos que se encontravam no poder.

4.2 - Evolução histórica

4.2.1 - A teoria da prova legal

A teoria da prova legal começou a notabilizar-se por volta do século XIII, onde se assistiu a uma evolução fracturante do pensamento jurídico. Por conseguinte, procurou-se transformar todo o processo, especialmente no que concerne à prova, numa estrutura lógico-demonstrativa, um raciocínio dedutivo (silogismo). Recorrendo à linguagem filosófica, seríamos assim confrontados com uma premissa maior, uma premissa menor e uma conclusão. Aplicando este raciocínio ao Direito: A é acusado de homicídio. A acusação assenta no testemunho de B que alega ter visto A no local do crime à hora do crime. A é condenado.

Nas palavras de Medina Seïça⁴¹², “nos seus traços essenciais, a teoria das provas legais aparece como uma «minuciosa predeterminação das características e do valor de toda a prova (e de todo o indicio e na sua classificação num sistema preciso de prevalência e hierarquia», constituindo a inserção da concreta prova no grau hierárquico correspondente uma das tarefas nucleares do julgador. Esta hierarquia, aliás, não é fruto de qualquer *voluntas*, antes resulta da própria ordenação natural da possibilidade do conhecer a que a prova, por definição, se destina. Como mostra Lévy, na doutrina da prova legal estabeleceu-se uma consonância entre a hierarquia⁴¹³ das provas e os graus de conhecimento: «ao principio, o juiz ignora tudo (*nescientia*) ou não pode tomar posição entre as duas pretensões contrárias (*dubitatio*). O primeiro efeito da prova é produzir uma *suspicio*, que não faz desaparecer a dúvida: os indícios não ultrapassam este estágio. Se são apresentados argumentos mais fortes, o juiz forma uma *opinio*, o que corresponde à *probatio semiplena*. Finalmente, logo que o juiz adere completamente a uma posição, pode falar-se de *credere*, e isto é o grau da *probatio plena* ou *perfecta* ».

E, de facto, desde o topo da hierarquia ocupado pelo *notorium*, passando pela *probatio plena*, *semiplena*, até alcançar o último patamar da escala ocupado pelos *indicia*, encontra adstrito em termos *quase absolutos*, pois não deve julgar *secundum conscientiam sed secundum allegata et probata*”.

4.2.2 - Teoria da prova moral ou da íntima convicção

Já no século XVIII, nascida dos ideais que compuseram a Revolução Francesa, surge o sistema da prova moral ou, igualmente denominado por sistema da íntima

⁴¹² SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.166-169.

⁴¹³ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.147; Com entendimento idêntico, DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.199-200 – “Muitas legislações do passado, receosas de que o juiz facilmente incorresse em erro na valoração dos meios de prova a utilizar, reputavam indispensável prescrever regras da apreciação da prova, assentes em regras da vida e da experiência que tradicionalmente eram tidas por seguras, e através das quais se fixava ou se hierarquizava o valor dos diversos meios de prova, segundo a força que a cada um atribuía. Cremos estar aqui a razão do valor conferido pelo processo canónico medieval à confissão, como aqui está sem dúvida a razão das regras que o nosso antigo direito ditava para a apreciação da prova testemunhas, nomeadamente a célebre máxima «unus testis, nullus testis»”.

convicção. Este sistema surge assim em jeito de oposição e descontentamento com o conjunto de regras pré-fixadas pelo legislador concernentes à pré-valorização de cada um dos meios de prova. Propunha-se construir um sistema concebido essencialmente de modo negativo, ou seja, um sistema que não se submetesse aos critérios valorativos da prova, previamente definidos por lei⁴¹⁴.

“O princípio da prova legal ou tarifada⁴¹⁵ costuma fundamentar-se em quatro ordens de razões:

a) Certeza e segurança das decisões. É um meio de prevenir os saltos de apreciação da entidade decisória, que não deverá ser mais do que a simples boca do texto da lei. Sente-se mais segura a comunidade e também o arguido, pois todos sabem antecipadamente com que decisão podem contar. Evita-se que cada cabeça profira a sua sentença.

b) Facilidade de decisão. Uma vez que em processo penal não existe qualquer ónus probatório e o tribunal não pode proferir um non liquet, a hierarquização do valor dos meios de prova facilita a tomada de decisão pela entidade competente. Na verdade, ditava-lhe o sentido da decisão cabível.

c) Celeridade de julgamento. A pré-fixação abstracta do valor das provas potencia a rapidez do julgamento, pois elimina a necessidade de quaisquer debates ou

⁴¹⁴ O tema encontra-se mais desenvolvido por SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp. 173-187.

⁴¹⁵ RASSAT, Michèle, *Traité De Procédure Pénale*. Paris. PUF: 2001, p.347 – “Dans le système de la preuve légale, les éléments de preuve sont en quelque sorte tarifés et le verdict résulte d’une espèce d’opération arithmétique où l’on évalue la valeur des preuves produites. C’était le système de l’ancien droit français que comportait des preuves pleines, des preuves semi-pleines et des preuves imparfaites. Dans un système entièrement inquisitoire, cette réglementation était, d’ailleurs, une des rares garanties accordées à la personae poursuivie puisqu’il y apparaît comme un contrepois aux pouvoirs considérables des magistrats- dans le système de la preuve morale ou système de l’intime conviction du juge, aucune preuve ne se voit reconnaître de valeur particulière. Le juge apprécie librement les preuves produites avec la valeur qu’il croit pouvoir reconnaître à chance d’elles. Ce système a été adopté en France au moment de la Révolution un peu par la force des choses: pour des magistrats élus, le système de la preuve légale qui suppose une très grande technicité, était impraticable”.

alegações orais e todo o procedimento de deliberação e votação das questões de que cumpra decidir.

d) Consagração de regras da experiência. A hierarquização das provas não é mais do que o plasmar no texto da lei – contra possíveis manipulações – do conjunto de operações intelectuais que o espírito humano tende a elaborar. O aparecimento do sistema da prova tarifada resultou da existência de juízes profissionais. Por exemplo, detectada a falibilidade da prova testemunhal, o julgador profissional passou a desconfiar da perfeição de um único depoimento e exigiu dois depoimentos concordes sobre a realidade do mesmo facto. Ora, isto, que era apenas uma regra da experiência prática ou empírica veio tornar-se no princípio expresso pela máxima *testis unus, testis nullus*⁴¹⁶.

Por conseguinte, instituiu-se um sistema completamente inovador. Os meios de prova seriam analisados por um júri. Nessa medida, os jurados⁴¹⁷, a voz do povo, imbuído dos seu conhecimento empírico, e da soberania, pois tomariam uma decisão, inicialmente, baseada na sua íntima convicção. E faziam-no deste modo porque não tinham certamente, conhecimento do conjunto complexo de regras que co-envolve o processo penal, mais concretamente, os meios de prova. “Estava aí o critério último e infalível da verdade”⁴¹⁸.

Posteriormente, este sistema deixou de ser composto pela figura dos jurados, passando a aplicar-se aos juízes profissionais. Assim sucedeu dado que se começou a aperceber que “a convicção íntima não é por si critério de verdade e também seria erro grosseiro pensar que as regras legais quanto ao valor das provas eram necessariamente arbitrárias. Elas assentavam na experiência comum e representavam a estratificação de conhecimento empírico obtido durante séculos. Era certo que existia o risco do sacrifício do caso excepcional à regra comum, mas também no sistema da prova livre existem riscos, tanto maiores e mais graves quanto menor for a preparação e prudência do julgador e estas são circunstâncias dificilmente controláveis”.

⁴¹⁶ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, pp.208-209.

⁴¹⁷ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.200.

⁴¹⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.148.

Desta feita, produziram-se alterações no sistema da prova moral. Nesta nova fase, entendeu-se que as sentenças se deveriam caracterizar, ao contrário do que aconteceu na fase inicial, pela não motivação das mesmas. Isto significa que o veredicto final pautava-se por um mero “sim” ou “não”, isto é, se o arguido era culpado ou não. “A livre convicção do julgador dispensava a fundamentação da valoração feita da prova, pois o juiz julgava apenas de acordo com a sua consciência, tendo-se chegado ao limite de admitir que o princípio da prova moral significava que o juiz podia decidir com prova, sem prova e contra prova.

Como consequência dessa soberania do julgador na apreciação da prova, a matéria de facto considerava-se definitivamente fixada pelas instâncias, sendo insusceptível de recurso^{419 420}.”.

4.2.3 - Teoria da livre apreciação da prova

a) ⁴²¹ - Considerações iniciais

Numa terceira fase da evolução histórica dos sistemas atinentes à prova criminal, eis que chegamos à teoria da livre apreciação da prova⁴²².

Esta concepção da apreciação da prova esteia-se na concepção desenvolvida por Jeremias Bentham, no século XVIII, e pela escola utilitarista inglesa. A sua construção da

⁴¹⁹ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II pp.149-150 – “Pelo menos a partir da reforma do CPP/29, operada em 1931, parte da doutrina começou a insurgir-se contra a orientação da jurisprudência que considerava que a matéria de facto era fixada definitivamente pela 1ª instância, por entender que a matéria relativa às regras de apreciação da prova era matéria de direito e, por isso, susceptível de recurso”.

⁴²⁰ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.149.

⁴²¹ Recorremos à utilização da numeração, como temos feito até aqui, pareceu-nos excessivo, podendo, a certa altura gerar confusão. Por conseguinte, nas páginas seguintes iremos utilizar as letras do alfabeto para elencar os vários pontos a debater.

⁴²² SANTOS, Gil Moreira dos, *O Direito Processual Penal*, p.224 – “A prova começa onde se perde, subjectivamente, a consciência da probabilidade”.

produção de prova assenta na conjugação da história da lógica indutiva a par dos desenvolvimentos científicos (princípio da total evidence)⁴²³.

“O fundamento primeiro do princípio da livre apreciação da prova – enquanto ausência de cânones legais pré-estabelecidos para a valoração da prova e de uma pré-constituída solução do caso – é a pretensão de alcance da verdade material. A partir da Revolução Francesa, com efeito, passou a reconhecer-se que, se se há-de decidir de acordo com a realidade das coisas, os meios de prova terão de levar em conta as circunstâncias concretas do caso, podendo por estar serem invalidados. Em consequência, abandonaram-se as tabelas legais de hierarquização do valor dos meios de prova que a lei fixava, necessariamente para casos gerais e abstractos.

Por outro lado, a livre convicção é a regra que melhor se coaduna com o julgamento feito com a intervenção de juízes leigos, que compõem o tribunal do júri. Na verdade, estes, não tendo formação jurídica, não teriam possibilidades de seguir quaisquer tabelas legais de valoração da prova.

Acresce que só o princípio da livre apreciação da prova se harmoniza com a ideia segundo a qual o direito em geral⁴²⁴, e o processo penal em especial, hão-de estar ao serviço da vida e das suas circunstâncias concretas, e não planar no céu abstracto dos conceitos.

Finalmente, a íntima convicção do julgador é instrumento para a conveniente apreciação da personalidade do arguido, que a lei exige (art.º 48º n.º2, do Código Penal e 371º, n.º2, do Código de Processo Penal)⁴²⁵.

Como ponto de partida da análise deste princípio (livre apreciação da prova)⁴²⁶, tomamos como ponto de partida o art.º 127º, que dispõe: “Salvo quando a lei dispuser

⁴²³ Como explica DIAS, Costa, *Contribuição Ao Estudo Da Fundamentação Das Decisões No Direito Processual*. Munique. Utz Verlag Wissenschaft: 1997, p.35, “a escola histórica, a partir do século XIX, teve o mérito de trazer o carácter científico do Direito”.

⁴²⁴ Cfr. art.º 341º do Código Civil – “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

⁴²⁵ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p.205.

⁴²⁶ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, p.203, desdobra a análise do princípio da livre apreciação da prova em duas vertentes: uma positiva e uma negativa. “Na sua vertente negativa, significa que, na apreciação (valoração, graduação) da prova, a entidade decisória não deve obediência a quaisquer cânones legalmente pré-estabelecidos. Tem o

diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”⁴²⁷.

Antes do advento do novo CPP, não havia disposição alguma correspondente ao Código de 1929⁴²⁸. Por conseguinte, aplicava-se, subsidiariamente, o Código do Processo Civil, mais precisamente o art.º 655º, que, por seu turno, já consagrava o princípio em causa.

O princípio da livre apreciação da prova manifesta-se em todas as fases processuais, sendo corporizado pelas entidades judiciárias, no momento da valoração das provas aduzidas não só em sede de inquérito e de instrução, mas sobretudo, na fase de julgamento. Desta feita, compete às entidades judiciárias a apreciação das provas recolhidas perante si e de acordo com a sua livre valoração, de acordo com o critério do homem médio, evidentemente.

O facto de não existir uma hierarquização das provas⁴²⁹, o que implica necessariamente uma avaliação de acordo com a livre convicção do julgador, tem suscitado,

poder-dever de alcançar a prova dos factos e de valorá-la livremente, não existindo qualquer pré-fixada tabela hierárquica elaborada pelo legislador.

Do lado positivo, significa que os factos são dados como provados ou não de acordo com a íntima convicção que a entidade decisória gerar, em face do material probatório validamente constante do processo, quer ele provenha da acusação, quer da defesa, quer da iniciativa do próprio tribunal”.

⁴²⁷ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.205 – “As considerações feitas dão fundamento á exigência de que as comprovações judiciais sejam sempre motiváveis. Mas isto é uma coisa, outra é saber se o nosso direito processual penal vigente impõe ao juiz que motive as suas decisões de facto”.

⁴²⁸ Nomeadamente, o art.º 469º (CPP/29), como corolário das reformas judiciárias que ocorreram a partir do século XIX, após as revoluções liberais.

⁴²⁹ PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, pp.203-204 – “Na apreciação das provas em processo penal, não havendo, como em princípio não há, regras pré-estabelecidas, é possível, no entanto, formular um conjunto de directrizes, inspiradas nos seguintes critérios:

a) Máximo rigor na individualização e aquisição da prova. Devem, assim, ser respeitadas as regras formais na obtenção da prova e proceder-se a uma investigação responsável e inteligente. Não esquecer que as provas só podem ser valoradas desde que legalmente admissíveis (art.º125º e 126º) e, quando se traduzam na realização de actos processuais, desde que resultem validamente constituídas.

b) Recusa de juízos apriorísticos. A entidade chamada a decidir deve afastar-se do seu espírito todo e qualquer pré-juízo de inverosimilhança ou improbabilidade da verificação de certos factos ou circunstâncias alegadamente ocorridos. É

não raras as vezes, uma série de reflexões sobre o modo de alcançar uma sentença justa⁴³⁰. Como alcançar um equilíbrio entre o modo como a prova é valorada e a sentença produzida, ou seja, entre legalidade e liberdade. É uma questão que comporta uma delicadeza e uma profundidade irredutíveis.

O legislador, no seu momento de criação, deve ter a preocupação de apresentar as traves-mestras do modo de valorização da prova, um modo de formar a convicção do julgador, “como forma de superação dos desvios ínsitos em qualquer acto judicativo”⁴³¹. É imperativo o equilíbrio de funções. Por conseguinte, o legislador determina que são admissíveis como meio de prova todas aquelas que não forem expressamente proibidas por lei. No que tange à sua valoração, como já referimos, é feita com base na livre apreciação da prova, mas essa livre apreciação é feita, pelo aplicador, de acordo com uma série de critérios de fiscalização ou verificação dos meios de prova. E não faz sentido de outra forma. Caso contrário, este último, na qualidade de “dono do processo”, poderia deixar-se levar pelo seu livre arbítrio, pela discricionariedade⁴³². “O aplicador espelha de forma privilegiada, não só a *cultura da prova inerente* ao modelo processual, como o dilema sempre presente entre o «momento jurisprudencial» e o «momento normativo» na própria realização do direito”⁴³³.

que a vida revela-se profundamente variada, rica de incógnitas, de singularidades e até de bizarras e coisas estranhas. Ninguém a pode armazenar ou engarrafar em esquemas pré-fabricados.

c) Respeito pelas “leis” da psicologia. O juiz ou o tribunal, o Ministério Público e quaisquer outras entidades chamadas a decidir em processo penal não-de levar em conta, na apreciação da prova, as regras da psicologia geral e da psicologia judiciária, em particular. Não há pessoa alguma, realmente, que, posta perante a tremenda responsabilidade de colaborar na administração da justiça, deixe de manifestar os seus tiques e de dar os seus toques, revelando comportamentos “anormais” e, por vezes, deveras inexplicáveis – mas que devem ser ponderados.”

⁴³⁰ Cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da, *Filosofia Do Direito*. Porto. Almedina: 2006, pp.598 e ss.

⁴³¹ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p. 190.

⁴³² PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Direito Processual Penal*, p.204 – “Mas sejamos realistas: no espírito de quem decide, sempre se infiltrarão considerações de ordem emotiva e volitiva. O juiz A, por exemplo, por ter ficado favoravelmente impressionado, valorará de modo positivo um desejo, um tique nervoso ou uma particular hesitação do inquirido. O juiz B, perante o mesmo caso, poderá ficar impressionado de modo desfavorável e valorar negativamente as declarações prestadas. Daí o perigo, em si mesmo inaceitável, do julgador saltar do terreno lógico, jurídico e histórico para o campo emocional e volitivo. A valoração da prova segundo as regras da experiência em harmonia com os factos notórios constitui limite a esse perigo”.

⁴³³ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p. 190.

b) Críticas ao modelo da livre apreciação da prova

O modelo de valoração da prova proposto por Ennio Amodio procura assegurar um equilíbrio entre liberdade e legalidade da prova, de modo a salvaguardar os direitos processuais que assistem às partes.

Com efeito, Amodio⁴³⁴ defende que o “«fundamento lógico de uma disciplina legislativa do fenómeno probatório entrelaça-se com a exigência de subtrair do novelo das fontes da decisão elementos que a experiência científica faz considerar capazes de desviar a correcta formação do convencimento judicial». Um perigo que, sublinha ainda, não é removido pelo facto de a decisão judicial se encontrar sujeita a sucessiva fiscalização, pois «enquanto a escolha das regras de experiência por parte do legislador limita a livre valoração da prova de modo unívoco para os órgãos jurisdicionais – e é assim, garantia de certeza e uniformidade do julgamento – a imposição de um esquema interpretativo do facto da parte do tribunal superior ao juiz da causa pode variar em função do caso singular abrindo a porta ao subjectivismo que constitui a antecâmara do arbítrio».

Em conclusão, Amodio retoma o ideário iluminista, propondo o reforço ou expansão de *regras probatórias legais* que se deveriam exprimir exclusivamente num aspecto *negativo*, determinando, por um lado, limites à admissão e à assunção da prova, e por outro, uma atenuação do valor persuasivo de alguns elementos probatórios. Deste modo, desapareceria um dos maiores obstáculos à admissão das regras legais probatórias, pois «ao juiz não se impõe autoritariamente ter por verificados os factos resultantes da intervenção da regra, mas somente que dê como não provadas aquelas circunstâncias sem força persuasiva». Com esta exigência, o «legislador não obriga a uma acrítica adesão a resultados configurados antecipadamente à produção de prova, mas proíbe ao julgador formar a sua própria convicção antes de ter respeitado certos cânones de análise sem os quais a descoberta não postula conclusões finais, mas fixa passagens obrigatórias a caminho em direcção à descoberta da verdade»”.

Muito embora reconhecendo o esforço de Amodio no sentido de restringir a livre apreciação de prova pelo julgador, com o intuito de evitar uma possível discricionariedade da sua parte, tal medida pode comportar sérios riscos, ao estabelecer certos parâmetros de

⁴³⁴ AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, RItalDPP: 1973, pp.316 e ss. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.190-191

avaliação da prova. Ao enveredarmos por esse caminho, estaríamos certamente a um passo de regressarmos ao sistema da prova legal. Além disso, admitirmos a possibilidade de serem adoptadas regras legais de prova, certamente que estas constituiriam entraves a toda a acção penal, pondo em causa, in fine, todo o sistema probatório. “Torna-se indeclinável, de facto, que «o método pelo qual se investiga deve portanto constituir, de per si, um valor, porque - purificando o material da decisão – restringe o campo no qual se exerce o arbítrio do juiz»”⁴³⁵.

Uma das considerações que não podemos deixar igualmente de aduzir, prende-se com a aplicabilidade diária nos nossos tribunais do princípio da livre apreciação de prova. Não raras as vezes, somos confrontados com sentenças que deixam escapar a ligação de muitos juízes ao carácter tarifado dos meios de prova, que caracterizava o sistema da prova moral. É importante que se afirme, uma vez mais, que, nomeadamente, a confissão, já não é a “rainha das provas”, assim como a perícia ou a existência de certos documentos prevaleçam e sejam sobrevalorizados comparativamente a outras provas constantes no processo. Toda e qualquer prova deve ser analisada e valorada com o maior cuidado, de acordo com o caso em concreto, rejeitando assim toda e qualquer hipótese de pré valorações⁴³⁶ dos meios de prova apresentados. Só assim será possível alcançar a verdade material. Verdade processual, nas palavras de Rodrigo Santiago⁴³⁷. Uma verdade provável e possível.

c) A livre apreciação da prova enquanto “convicção pessoal, objectivável e motivável”

É mister neste ponto indagar acerca do conteúdo e alcance da livre apreciação da prova. Identifica-se com discricionariedade do julgador? Não existe uma hierarquização dos meios de prova? Estas são, precisamente, algumas das questões que procuraremos esmiuçar de seguida.

⁴³⁵ NOBILO, Massimo, *Il Principio Del Libero Convencimento Del Giudice*. Milano. Giuffrè: 1974, p.26, In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.193.

⁴³⁶ Cfr. Capítulo I, ponto 1.2.

⁴³⁷ SANTIAGO, Rodrigo, “reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987”, in *RFUCP*: 1992, p.36.

Face à arbitrariedade conferida à figura do juiz pelo sistema da prova moral no qual, como vimos, in fine, o juiz podia julgar com base na prova, sem prova ou, até mesmo, contra a prova. Nessa medida, surge a necessidade de limitar essa discricionariedade conferida ao juiz e, por conseguinte, a visão do processo em si altera-se. Desta feita, a sentença deve ser objectiva e fundamentada com base numa “verdade histórica”⁴³⁸ – impondo-se ao juiz, no fundo, a mesma atitude e intenção do investigador histórico – e foi possível vencer o puro judicium formal na actividade e juízo probatórios e abri-los aos imprescindíveis contributos dos conhecimentos psicológicos, sociológicos e científicos da mais variada espécie”⁴³⁹. É, pois uma sentença que decorre da imediação⁴⁴⁰ da prova que é feita em sede de audiência de julgamento. Dessa imediação, desse contacto próximo que o juiz mantém com a prova, vai ser decisivo para formar a sua convicção.

É de refutar a ideia do julgador decidir de forma livre, puramente subjectivista⁴⁴¹. Muito embora já não exista o sistema rígido de valoração da prova, como ocorria no sistema da prova moral, o Direito Penal tem como pilares uma série de princípios fundamentais. E é com base neles que o juiz analisa os factos e determina a sentença. Evidencia-se, por conseguinte, que estes princípios delimitam os poderes do julgador, indubitavelmente. “Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária⁴⁴², tem evidentemente esta discricionariedade os seus limites que não podem ser licitamente

⁴³⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.131 – “A discussão acerca da possibilidade de alcançar a verdade não é de natureza exclusivamente jurídica, mas abrange todos os campos do saber, quer se trate do filosófico, histórico, científico, ou de qualquer outro. As objecções à possibilidade de alcançar a verdade são de índole diversa, mas (...), podem agrupar-se em três grupos: a impossibilidade teórica, impossibilidade ideológica e impossibilidade prática”.

⁴³⁹ NEVES, Castanheira, *Sumários De Processo Criminal*, p.49.

⁴⁴⁰ SANTOS, Gil Moreira dos, *O Direito Processual Penal*, p. 222, nota 265 – “Já no C.P.P. de 1929, os artigos 438 e 439 aludiam a esta imediatividade da prova de julgamento. Daí que, se considerasse – Ac. da Comissão Constitucional que enformou a Resolução do Conselho da Revolução – Diário da República 150, I Série, de 3.6.81 (decisão interpretada restritivamente pelo Ac. da Comissão Constitucional de 18.8.81) – a inconstitucionalidade do art.439º do C.P.P. se não houvesse possibilidade de o arguido interrogar ou fazer interrogar”.

⁴⁴¹ Nesse sentido, GONÇALVES, Maia, *Código De Processo Penal Anotado*. 16ª edição. Lisboa. Almedina: 2007, p.262 – “ (...) livre apreciação da prova não se confunde de modo algum com apreciação arbitrária da prova nem com mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova; a prova livre tem como pressupostos valorativos a obediência a critérios da experiência comum e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica”.

⁴⁴² Cfr. SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.187-188.

ultrapassados⁴⁴³: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada «verdade material»⁴⁴⁴.

Contudo, como a própria lei evidencia, o julgador pode e deve construir a sentença “segundo as regras da experiência e da livre convicção”⁴⁴⁵. Trata-se, no fundo de uma liberdade objectiva⁴⁴⁶. Objectiva no sentido de ser motivada com base nos factos, nas

⁴⁴³ SANTOS, Gil Moreira dos, *O Direito Processual Penal*, p.224 – “A prova que fundamenta a decisão judicial é só a que for produzida em audiência – art.355º do novo diploma”.

⁴⁴⁴ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, pp.202-203.

⁴⁴⁵ MATTA, Paulo Saragoça, “a livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais: 2005*, pp.231-232 – “Não se escamoteie, também, que apenas regras de experiência e de lógica permitem em muitos casos associar determinadas acções a certos estados de alma. Ora, tais regras são, em boa medida, regras de probabilidade e mesmo de mera possibilidade, e não regras de física. Assim que a indução astuciosa de alguém em erro ou engano para que pratique determinado acto ande por regra associada a uma intenção de obtenção de enriquecimento... é de natureza humana, dir-se-á. Mas poderá suceder que assim não seja. Basta pensar que a dita indução astuciosa em erro possa nem sequer ter qualquer conexão com a esfera patrimonial do induzido em erro, mas antes com a sua esfera emocional, afectiva ou sexual. Assim sendo, como é, provando-se que alguém praticou um determinado acto sobre o seu próprio património que lhe gerou prejuízos, e alegando a vítima-agente que o fez porque alguém assumiu determinado tipo de comportamentos enganosos e aptos a influenciá-lo, emerge desde logo um indício de que aquele que influenciou o fez por determinada razão (...)”; ROXIN, *Lecciones Sobre El Proceso Penal*, p.294-295.

⁴⁴⁶ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.203 – “Isto significa, por um lado, que a exigência de objectividade é ela própria um princípio de direito, ainda no domínio da convicção probatória, e implica, por outro lado, que essa convicção só será válida se for fundamentada, já que de outro modo não poderá ser objectiva”.

Nessa linha de raciocínio, SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, pp.188-189, afirma: “Uma estrutura processual vinculadamente acusatória como é a resultante da nova legislação portuguesa, na qual a matéria da prova assume uma clara centralidade, exige uma compreensão renovada da livre apreciação, em que esta surja como concretização da intenção fundante desse modelo e não como forma de o contornar e subverter. Com efeito, a livre apreciação não pode surgir como uma “válvula de escape” perante múltiplas limitações que o procedimento probatório apresenta, fazendo com que conclusões que o legislador pretende excluídas venham a permitir-se mercê do apelo à convicção livre; antes tem de atender-se, por força, como parte integrante e consonante do método probatório.

Método cuja configuração o legislador processual não pode, em maior ou menor medida, deixar de regular, «ao longo de três directrizes, finalizadas ao objectivo “de limitar o objecto da prova ou os meios com os quais se alcance a prova; de traçar o respectivo procedimento; de pré-estabelecer o valor da prova”». Nesse sentido, todas as regras que condicionam o procedimento probatório constituem *regras legais de prova*, cujo fundamento, não se circunscrevendo a um parâmetro unívoco, pode no entanto referir-se, quer a exigências de carácter político (ou substancial), particularmente em atenção à salvaguarda de concretos direitos (maxime, dignidade constitucional), quer a razões epistemológicas (ou processuais), conferindo frequentemente dignidade normativa a um conjunto de cânones de judicatura que o legislador entende não dever deixar-se ao cuidado deontológico do aplicador.

Isto não implica, no entanto, o aniquilamento da função constitutiva do aplicador, da sua (porque não dizê-lo?) criatividade, da qual depende, em medida inestimável, a correcta efectivação do método probatório”.

provas que são trazidas ao processo, ao abrigo do princípio da imediação, tal como no recurso aos conhecimentos científicos. Implica a re-construção histórica dos factos⁴⁴⁷, o seu encadeamento lógico, de modo a alcançar a verdade material⁴⁴⁸. Nessa medida, Figueiredo Dias afirma prontamente que a arte de julgar passa desde logo pela sua convicção pessoal. Além do carácter pessoal da convicção, esta deverá pautar-se igualmente pela objectividade e pela motivação, “capaz de se impor aos outros”⁴⁴⁹.

Constitui assim objectivo, nomeadamente, do julgador, obter o consenso mais generalizado possível não só entre as partes, mas de igual modo na sociedade em geral. A sentença tem que ser razoável. Razoável em vários aspectos. Tem que ser uma sentença proporcional à gravidade dos factos com os quais o julgador é confrontado, por um lado. Por outro, essa decisão tem que ser conformada às expectativas sociais. E essa confiança só será alcançada quando a sociedade reconhecer eficiência, competência e dignidade no exercício da magistratura. No entanto, não podemos olvidar que este cenário, em muitos processos com os quais tomamos contacto, estão longe dessa harmonização entre o exercício da magistratura e o sentimento de justiça, reclamado pela sociedade civil. Para tal cenário tem vindo a contribuir o papel e a influência exercidos pela comunicação social⁴⁵⁰! E o próprio julgador tem que ter convicção na decisão que profere. Só deve condenar quando tiver a forte convicção de que o arguido é culpado. Caso contrário, atendendo ao princípio da presunção de inocência, deve pronunciar-se no sentido da absolvição.

⁴⁴⁷ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II., p.150.

⁴⁴⁸ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.204 – “ (...) a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absolutos de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade de conhecimento humano; tanto mais que aqui intervêm irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro, quer porque se trata do conhecimento de acontecimentos passados, quer porque o juiz terá as mais das vezes de lançar mão de meios de prova que, por sua natureza – e é o que se passa sobretudo com a prova testemunhal, relativamente à qual a própria lei não deixa de manifestar certa desconfiança – se revelam particularmente falíveis.

Mas nem por isso, repete-se, ficará só em aberto o caminho da pura convicção subjectiva. Se a verdade que se procura é, já o dissemos, uma verdade prático-jurídica, e se, por outro lado, uma das funções primaciais de toda a sentença é a de convencer os interessados do bom fundamento da decisão, a convicção do juiz há-de ser, é certo, uma convicção pessoal”.

⁴⁴⁹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p.205.

⁴⁵⁰ MONTE, Ferreira, “um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão”, in *Simpósio Em Homenagem A Jorge Figueiredo Dias Por Ocasião Dos 20 Anos Do CPP*, pp. 404-410.

A livre apreciação da prova passa, no entanto, por uma série de restrições⁴⁵¹, de natureza diversa, que redundam numa proibição de valoração. Por exemplo, relativamente aos meios de prova, o art.º 129º determina expressamente a valoração de testemunho indirecto (também conhecido por testemunho de ouvir dizer); No que tange às declarações do arguido: Se fizer parte da sua estratégia processual remeter-se ao silêncio, este não poderá desfavorecê-lo, como determina o n.º1 do art.º 343º; Por seu turno, o art.º 126º n.º1 sustenta: “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”; As restrições da valoração da prova também se vislumbram em matéria de prazos. Atente-se ao n.º6 do art.º 328º: “O adiamento não pode exceder 30 dias. Se não for possível retomar a audiência neste prazo, perde eficácia de prova já realizada”. Deste modo, o legislador determina o próprio sentido da valoração. Consequentemente, “o legislador quando determina a exclusão deste material probatório ou, quando limita os termos da valoração manifesta igualmente a necessidade de um momento ético na apreciação da prova, como foi em tempos tão reclamado pelos homens do Iluminismo”⁴⁵²; A prova pericial (art.º 163º); O valor probatório dos documentos autênticos e autenticados (art.º 169º); A confissão integral e sem reservas em sede de julgamento (art.º 344º); A decisão penal que conhecer do pedido civil constitui caso julgado (art.º 84º).

d) Violação do princípio da livre apreciação da prova. Consequências

O art.º127º não apresenta qualquer consequência atinente à violação do princípio da livre apreciação da prova. Não obstante, existem algumas disposições normativas espalhadas ao longo do código que espelham consequências, de índole diversa, para o seu incumprimento.

⁴⁵¹ ZAPPALÀ, Enzo. *Il Principio Di Tassatività Dei Mezzi Di Prova Nem Processo Penale*. Milano. Giufré: 1982, p.122. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.194 – “Os necessários limites que a lei põe ao poder de investigação probatória, estabelecendo os meios e modos da investigação, não constituem por definição impedimentos à obtenção da própria verdade, vale por dizer, os cânones e os preceitos técnicos de metodologia hermenêutica que presidem na experiência processual à prospecção, sempre, da investigação da verdade”. No mesmo sentido, COSTA PIMENTA, Costa, *Introdução Ao Processo Penal*, pp.149 e ss.

⁴⁵² SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.198.

Sempre que a decisão do tribunal viole as regras da livre valoração e for susceptível de recurso, a nível processual, o vício em causa poderá servir de fundamento ao próprio recurso, como dispõe a al.c) do nº2 do art.º 410º.

Se a sentença determinar que o arguido será submetido a prisão e esta, em virtude da violação do princípio em análise se revelar ilegal, incorre-se no crime de prisão ilegal, previsto no artº417º, punido a título de negligência grosseira.

A responsabilidade civil também poderá ser invocada, caso se verifique que a prisão ou a detenção foram manifestamente ilegais, ficando assim o Estado, por seu turno, na obrigação de indemnizar o arguido, ao abrigo dos arts.225º e 226º do CPP, assim como do nº5 do art.º 27º da CRP.

A entidade julgadora que decidiu violando as regras da livre apreciação da prova, incorrerá, naturalmente, em responsabilidade disciplinar.

e) Os métodos científicos no âmbito da valoração da prova

Uma das questões correntemente suscitadas, discutidas e avaliadas, assenta na crescente proliferação e influência dos métodos científicos no âmbito da valoração de prova. Se, por um lado, poderemos alegar que o seu grau de fiabilidade é elevado, o que nos permite aproximar da verdade material, produzindo, conseqüentemente, uma decisão que se coadune com os factos trazidos ao processo, por outro, é legítimo contestar de certa forma esta afirmação. Tomamos como exemplo o perito⁴⁵³, que não pode depor como testemunha. Sem dúvida que os seus conhecimentos, o seu grau de especialização em determinada matéria é elevadíssimo, e, nessa medida, encontra-se numa posição privilegiada para analisar a prova. Deste modo, não está o perito, com o seu conhecimento privilegiado, a influenciar e sobrepor-se ao juiz na valoração da prova? Sobrepor-se no sentido do juiz, a título exemplificativo, estar convencido que os factos se passaram de uma

⁴⁵³ Nos países ligados ao common law, o papel do perito não assume um papel de grande influência, porquanto a prova é sempre exclusivamente produzida pelas partes. Neste sistema existe um exacerbado confronto entre estes técnicos especializados, não existindo um perito de confiança do órgão judicial.

determinada maneira e, por seu turno, o perito vem apresentar uma convicção em sentido oposto? A figura do perito não constituirá per si um retrocesso ao sistema da prova moral?

Estamos convencidos de que os conhecimentos científicos em nada contendem com a avaliação feita pelo juiz, com base na sua experiência, com base nas suas convicções. Os conhecimentos científicos visam facilitar a compreensão dos meios de prova, o que torna mais fácil, de certo modo, a tarefa do julgador no momento de elaboração da sentença. Sem dúvida que estes conhecimentos privilegiados são iminentes à valoração de prova, sendo mesmo, em muitos casos, a sua utilização crucial. Além disso, é imperioso ressaltar uma vez mais os princípios da imediação⁴⁵⁴ da prova, da oralidade e do contraditório, neste contexto. As partes serão sempre confrontadas com os meios de prova a valorar, neste caso, os resultados científicos produzidos, tendo assim a oportunidade de esclarecer e contraditar as mesmas.

O legislador parece perfilhar este raciocínio em que a experiência do juiz e os conhecimentos científicos se coadunam e se complementam entre si. Atendendo ao art.º 163º n.º1 facilmente se vislumbra que, em todo e qualquer caso, o juiz tem sempre a última palavra. E, nessa medida, caso discorde do perito, poderá fazê-lo. Para tal, terá que justificar as razões que estão na origem deste juízo divergente (n.º2). Portanto, como podemos verificar, o princípio da livre apreciação da prova pelo julgador não se encontra posto em causa⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, pp.68-69 – “O princípio da imediação significa que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, que a decisão deve ter lugar o mais breve possível, no termo da audiência de julgamento, e que deve dar-se preferência aos meios de prova que estejam em relação mais directa com os factos probandos: os meios imediatos.

A imediação é afinal a relação de proximidade entre os participantes no processo e o tribunal, de modo que este possa obter uma percepção própria dos elementos que servirão de base á sua decisão.

Os princípios da oralidade e da imediação não se confundem mas estão interligados: só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão (n.º1 do art.º 96º e n.º5 do art.º 355º).

Através do fundamento deste princípio é possível fazer a avaliação da credibilidade das declarações prestadas pelos participantes processuais, assim formando o tribunal a sua convicção sobre a matéria de facto.

⁴⁵⁵ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, pp.217-218.

f) A exigência de fundamento

Esclarecidas as dúvidas que inicialmente se debateram acerca da influência dos meios científicos na decisão do juiz, debruçar-nos-emos de seguida nos moldes em que a mesma se deve consubstanciar.

Atendendo ao disposto no art.º 374º (requisitos da sentença), nomeadamente o seu nº2, evidencia-se desde logo que a sentença deve sempre conter na sua fundamentação: “enumeração dos factos provados e não provados⁴⁵⁶, bem como uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito que fundamentam a decisão, com indicação das provas que sirvam para formar a convicção do tribunal”.

Se, por um lado, o julgador tem liberdade para apreciar livremente a prova, deverá, por outro, saber motivar convenientemente⁴⁵⁷. E essa motivação não pode ser desprovida de um discurso bem elaborado, fundamentado⁴⁵⁸ e esclarecedor. Por conseguinte, revela-se indispensável que a convicção do juiz se faça acompanhar de um raciocínio conciso e coerente⁴⁵⁹, de modo a que proporcionar o esclarecimento não só às entidades superiores

⁴⁵⁶ MATTA, Paulo Saragoça, “a livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais: 2005*, p.228 – “ (...) prova em sentido próprio apenas se pode considerar existir após a sujeição da mesma ao contraditório pleno, contraditório que não se garante a não ser na audiência de discussão e julgamento. Por outras palavras, atribui a lei a força de prova apenas aos meios de prova que sejam produzidos, examinados e sujeitos a contradição em julgamento (art.º 355º). Sem isso os meios de prova não têm a dignidade legalmente exigida para que possa considerar-se provado em determinado facto. Com semelhante enquadramento entende-se, então, que os meios de prova antes da respectiva produção e sujeição a contraditório apenas têm um valor indiciário; constituem demonstração apenas da suspeita que recai sobre o arguido, i.e., indiciam os factos probanda, mas não chegam para considerar provados os factos”.

⁴⁵⁷ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.204 – “Apreciar livremente implica motivar correctamente”.

⁴⁵⁸ DIAS, Costa, *Contribuição Ao Estudo Da Fundamentação Das Decisões No Direito Processual*, p.36 – “O princípio da obrigação da fundamentação se fixa no ordenamento processual moderno a partir da primeira metade do século XVIII. Na segunda metade do século, o Codex Friedericianus Manchicus, juntamente com a lei francesa de 1790 e o art.º 208º da Constituição do ano III, obrigam de forma positivada à obrigação de fundamentação das decisões judiciais”.

⁴⁵⁹ DIAS, Costa, *Contribuição Ao Estudo Da Fundamentação Das Decisões No Direito Processual*, p.23 – “Quanto ao conteúdo da fundamentação, sendo esta por definição presa ao princípio da legalidade, deverá se ater a uma justificada adequação a um juízo jurídico. Assim, deverá ser justificada a escolha da lei, a escolha da interpretação de tal norma por que se considere a mais apropriada, a escolha das consequências que deveriam da aplicação daquela norma ao caso

(em caso de recurso), às partes envolvidas no processo, assim como a comunidade em geral.

Num texto muito conciso, Marques Ferreira⁴⁶⁰ disserta acerca desse dever de fundamentação, que merece da nossa parte um particular destaque:

“A obrigatoriedade de tal motivação surge em absoluta oposição à prática judicial na vigência do CPP de 1929 e não poderá limitar-se a uma genérica remissão para os diversos meios de prova fundamentadores da convicção do tribunal, à semelhança do que tradicionalmente vem sucedendo com a interpretação e aplicação do estipulado sobre este assunto no art.º 665º nº2, do CPC, embora com desacordo completo da doutrina e, a nosso ver, violando-se materialmente a ratio do art.º 210º nº1 da CRP.

De facto, o problema da motivação⁴⁶¹ está intimamente conexionado com a concepção democrática ou antidemocrática que insufla o espírito de um determinado sistema processual, e no que concerne ao nosso processo penal vigente este informa, neste particular, de nítidas características medievais e ditatoriais.

No futuro processo penal português, em consequência com os princípios informadores do Estado de Direito democrático e no respeito pelo efectivo direito de defesa consagrado no art.º 320º nº1 e no art.º 210º nº1 da CRP, exige-se não só a indicação das provas ou meios de prova que serviram para formar convicção do tribunal mas, fundamentalmente, a expressão tanto quanto possível completa ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentaram a decisão.

Estes motivos de facto que fundamentam a decisão não são nem os factos provados (*thema decidendum*) nem os meios de prova (*thema probandum*) mas os elementos em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substrato racional que

concreto. A motivação não pode se resumir a uma enunciação da norma. Deve dar conta, sim, é da escolha dessa norma, justificando-a”.

⁴⁶⁰ FERREIRA, Marques, “meios de prova”, in *O Novo Código Do Processo Penal*. Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra. Almedina: 1993, pp.229-230.

⁴⁶¹ DIAS, Costa, *Contribuição Ao Estudo Da Fundamentação Das Decisões No Direito Processual*, p.28 – “A fundamentação da sentença reside em dois problemas. O primeiro diz respeito à teoria interpretativa e o segundo à actividade do juiz segundo as normas que regulam esta actividade...”.

conduziu a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência.

(...) A fundamentação ou motivação deve ser tal que, *intraprocessualmente* permita aos sujeitos processuais e ao tribunal superior o exame do processo lógico ou racional que lhe subjaz, pela via do recurso, conforme impõe inequivocamente o art.º 410º nº2.

(...) E extraprocessualmente a fundamentação deve assegurar, pelo conteúdo, um respeito efectivo pelo princípio da legalidade na sentença e a própria independência e imparcialidade dos juízes, uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade”.

Em jeito de conclusão, Medina Seíça⁴⁶² afirma: “só pela conjugação destes níveis de motivação se pode afirmar que a apreciação foi, em concreto, reconduzida a critérios objectivos que permitam uma efectiva tarefa de verificação em ordem a avaliar a bondade do próprio acto judicativo ao qual a motivação suporta e dá convencimento”.

g) Técnicas de verificação da prova

Para assegurar a veracidade das declarações proferidas, as circunstâncias em que essas declarações foram captadas, e, num momento posterior são reproduzidas, o legislador admitiu uma série de técnicas que procuram assegurar a veracidade da prova.

Desta feita apresentaremos de seguida um elenco dessas mesmas técnicas, enumerada por uma ordem decrescente de objectividade.

1 – Contra-prova – Consiste na apresentação de uma nova prova que vem reforçar, que vem confirmar o convencimento da veracidade dos factos probandos adquiridos pelo primeiro meio de prova fornecido. O julgador depara-se assim com duas, ou mais provas, que assentam numa relação de reciprocidade, que se complementam e se confirmam. Cruzando as afirmações prestadas pelas provas independentes – verificação cruzada -, afere-se a existência ou a inexistência de um determinado facto. Nessa medida, “pois, uma

⁴⁶² SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.205.

de duas, ou a segunda prova é suficiente, por si só, a demonstrar o facto contido na declaração a comprovar e, então, traduz uma inutilidade porque «para satisfazer a exigência cognositivo-probatória basta aquela que se emprega como meio de verificação»; ou, como nova prova, requer também uma ulterior comprovação, e, então, «o problema está destinado a reproduzir-se até ao infinito»⁴⁶³.

Um exemplo comumente verificado, assenta na prova testemunhal de duas ou mais testemunhas⁴⁶⁴.

2 – Corroboração – ao contrário do que sucede na contra-prova, na qual existem, pelo menos, dois meios de prova que reciprocamente confirmam o convencimento da veracidade de determinado facto, na técnica da corroboração, revela-se necessário recorrer a meios que “não tendo por objecto o conteúdo da declaração probatória, consintam a verificação da sua veracidade”⁴⁶⁵. “Estes são factos que por si só nada têm a ver com o tema histórico do processo mas de cuja existência se conclui que o autor da declaração a verificar foi verdadeiro”⁴⁶⁶. “«O elemento de corroboração consiste num facto o qual nem coincide com o facto que constitui o tema histórico do processo nem é idóneo à dedução deste. (...) a prova que faz adquirir ao processo o conhecimento de um elemento de corroboração tem por objecto de um facto diverso do tema histórico» do processo. Por isso,

⁴⁶³ DOMINIONI, “la qualità d’imputato”, in RDP: 1986, p.745. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Coarguido*, p.200, nota 525.

⁴⁶⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso De Processo Penal*, vol.II, p.163 – “A complexidade das operações mentais que formam o testemunho deve alertar-nos desde logo para o perigo da sua falibilidade já que, para além do depoimento intencionalmente falseado, a mentira, torna-se necessária a coordenação de vários factores para que a testemunha possa comunicar com verdade a sua percepção dos factos.

A testemunha tem antes de mais de ter a percepção sensível dos factos, mas, porque na grande maioria dos casos essa percepção é meramente ocasional, sucede frequentemente que não se apercebe integralmente deles. Acresce que a capacidade de percepção é muito variável de pessoa para pessoa e depende também de muitas circunstâncias relativas ao facto e à própria testemunha. Intervém depois a memória que é também por si só um processo complexo: conservação das impressões sensíveis, primeiro, e evocação e reprodução no tempo das recordações, depois.”

⁴⁶⁵ DAMINIONI, “la qualità d’imputato”, in RDP, p.745. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Coarguido*, p.200,

⁴⁶⁶ DAMINIONI, “la qualità d’imputato”, in RDP, p.747. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Coarguido*, p.200.

a existência do facto corroborante está numa «relação de indiferença» com a existência do facto corroborante: «verdadeiro um, ao outro pode ser falso e vice-versa. Da existência de aquele facto, porém, deduz-se que o sujeito que afirmou este outro facto disse a verdade»⁴⁶⁷.

3 – Verificação sobre as características da declaração ou atendibilidade intrínseca – a avaliação que é levada a cabo no que tange às características da declaração, revela-se uma tarefa rodeada de um grande subjectivismo. Estão aqui em causa uma série de factores, nomeadamente a espontaneidade, a capacidade de verbalização, a capacidade de memorização, a coerência discursiva, o nervosismo, entre outros, que afectam o discurso do declarante e, conseqüentemente, a avaliação que é feita das mesmas declarações, pelo julgador.

Por outro lado, não podemos nos dissociar de factores extrajudiciais que pesam indubitavelmente nessa mesma avaliação. Falamos, pois, de relações de parentesco, de amizade e até, muito eventualmente de remunerações que o declarante auferirá se prestar declarações num determinado sentido.

A análise destas mesmas declarações, em jeito de conclusão, requer assim um grau de avaliação exigente, em virtude do carácter falível, e não raras as vezes, falacioso, das mesmas⁴⁶⁸.

4 – Verificação sobre a atendibilidade do declarante – Este meio de prova, no fundo, coloca à prova o meio de prova em si mesmo, ou seja as declarações do declarante. Neste juízo de avaliação, será feita uma análise à sua personalidade, a sua coerência discursiva ao longo de todo o processo de modo a inferir da veracidade dos factos.

Estes meios de prova são assim, efectivamente, a concretização das regras da experiência que temos até aqui vindo a abordar. Não obstante, é importante ter sempre presente que cada caso é um caso e, nessa medida, só aí é que se pode atestar o grau de

⁴⁶⁷ DAMINIONI, «la qualità d'imputato», in *RDP*, p.747. In: SEIÇA, Medina, *O conhecimento probatório do Coarguido*, p.200.

⁴⁶⁸ Cfr. BELEZA, Teresa, “tão amigos que nós éramos: «o valor probatório do depoimento do co-arguido no Processo Penal Português»”, in *RMP*. Ano 19, n.º74, pp.55 e ss.

verificação da veracidade das declarações prestadas. Contudo, como espelha Medina Seïça, “continuamos a deparar com fundamentações opacas, em que muitas vezes se torna impossível concluir se a convicção afirmada se apoia em algo mais do que o puro juízo subjectivista do «fiquei convencido», por não se espelhar em razões de convencimento capazes de suportar, por seu turno, o filtro de uma fiscalização ulterior”.

h) O conteúdo da corroboração

A corroboração não pode e não deve ser confundida com a contra-prova. E porquê? A contra-prova, como o próprio nome indica, implica a existência e a avaliação de um outro meio de prova, independente da existência das declarações do co-arguido. Contudo, se a avaliação das declarações dos co-arguidos ficassem dependentes da correspondência de uma contra-prova, por um lado, conduzir-nos ia a um total descrédito das declarações prestadas. Estaríamos assim a admitir que as declarações prestadas teriam um valor probatório inferior a outro meio de prova. E, como sabemos, tal não pode suceder, na medida em que não existe hierarquia de meios probatórios. Por outro lado, não podemos descuidar aquelas situações em que essa contra-prova poderá sequer existir. *Quid iuris?* Vamos deixar de valorar as declarações do co-arguido simplesmente porque não existe uma testemunha que confirme as suas declarações? Do nosso ponto de vista, a exigência de contra-prova, nestas situações, comportaria níveis excessivos de verificação probatória, e, não raras as vezes, se esta não existisse, poderia redundar na inutilidade dessas declarações.

Desta feita, porque meios se manifesta, se aplica a corroboração?

Trata-se de uma questão melindrosa, que se debate com situações complexas sempre que se trata de decompor e analisar o material probatório, o que, não raras as vezes, se revela uma tarefa de grande envergadura.

Face ao carácter privilegiado das declarações do co-arguido, estas, no momento da sua valoração, devem ser avaliadas de uma forma particularmente meticulosa. Desde logo, é imprescindível o confronto das declarações com a reconstrução histórica dos factos. Nessa avaliação surgem, conseqüentemente, a avaliação da coerência da linha discursiva,

da espontaneidade, da fluidez, o seu comportamento, o modo como gesticula. O relacionamento existente entre os co-arguidos também assume um papel importante. Podemos assistir a uma diversidade de cenários: são amigos, familiares, mal se conheciam e um dos crimes surge neste porque foi contratado para um determinado efeito (por exemplo: conduzir o autor do homicídio ao aeroporto). Os antecedentes criminais, por seu turno, parecem ter sido colocados à parte nesta avaliação⁴⁶⁹.

“Em estreita ligação com este aspecto encontra-se o problema do âmbito da corroboração exigida em relação à concreta declaração. Com efeito, dizer-se que a corroboração deve certificar, em termos de credibilidade, a declaração do co-arguido, não é bastante para determinar com rigor o seu âmbito de aplicação. Só muito raramente a declaração se traduz em enunciados singulares, isto é, com um conteúdo factual unívoco. Pelo contrário, ainda que relativamente a um só crime, a declaração enquanto representação do que possivelmente terá acontecido refracta-se numa narração complexa e multiforme, com diversidade de pormenores e cambiantes. Ora, a questão que não pode deixar-se de colocar refere-se precisamente a saber se a regra da corroboração deve estender-se a todos os particulares pontos trazidos à luz narração corroboranda, ou se é suficiente, para que possa afirmar-se, um confronto da declaração do co-arguido na sua globalidade. Por exemplo, no caso de o co-arguido na sua declaração nomear os participantes na execução criminosa, pode considerar-se como suficiente elemento de corroboração a confissão feita por um dos arguidos nomeados, mesmo se este se limita a admitir a sua própria responsabilidade, sem por seu turno confirmar a participação dos outros indicados pelo primeiro?

Sem dúvida, não pode pretender-se que a corroboração se estenda a todos os pormenores narrados, tanto mais que, de novo o dizemos, não tem de se traduzir na confirmação por fonte alheia do conteúdo narrado, bastando-se com a verificação extrínseca da veracidade da narração. Porém, isto não significa admitir o salto lógico inerente à concepção globalizante da corroboração, a qual, por certo acabaria por legitimar a condenação de determinados arguidos baseada em declarações não sufragar por

⁴⁶⁹ Cfr. PALMA, Fernanda, “a constitucionalidade do arguido do art.º 342º do código do processo penal (o direito ao silêncio do arguido)”, in *RPCC*. Ano 15, nº60, pp.101-110.

autênticos elementos de confronto. Por isso, julgamos justificar-se o princípio de estender a exigência da corroboração em relação a cada episódio criminoso singular e a cada arguido singular”⁴⁷⁰.

i) A regra da corroboração das declarações dos co-arguidos: uma necessidade ou uma conveniência?

Abraçamos a ideia da valoração do conhecimento probatório do co-arguido, no âmbito dos meios de prova a considerar aquando da decisão final, atinente à responsabilidade de outro co-arguido, caso exista corroboração entre as declarações.

Estas declarações apresentam uma série de peculiaridades que merecem a nossa atenção. Desde logo, tratam-se de declarações privilegiadas, na medida em que o co-arguido teve um contacto privilegiado com o outro co-arguido⁴⁷¹. Nessa medida, não deixando de ser um meio de prova legítimo, no âmbito da livre valoração da prova, não deixa de constituir, no entanto, um meio impuro. E porquê? O co-arguido pode prestar falsas declarações, distorcendo a verdade, por diversas razões: por uma questão de amizade ou para se vingar do outro co-arguido, por exemplo. Atente-se, ao contrário do que acontece com a testemunha, o arguido não está obrigado a prestar juramento, o que, de certa forma, nos poderia levar a pensar, eventualmente, a estar assim aberta a porta para a mentira e para a deturpação dos factos!

Desta feita, o critério da corroboração, em sede de apreciação das declarações de co-arguidos, surge assim como um critério meramente regulador e preventivo, ou, a contrário, como um critério de necessidade, de averiguação da veracidade das declarações proferidas?

⁴⁷⁰ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p. 222.

⁴⁷¹ Por exemplo, A e B cometeram um furto. No entanto, no decorrer do mesmo, B agride de forma violenta C, que acaba por ir parar ao hospital com ferimentos graves. Neste caso, muito embora estivessem ambos presentes no local, apenas B praticou o crime de ofensas à integridade física graves.

É certo que na nossa legislação não encontramos uma resposta directa que regule a questão colocada. Ora, nessa medida, poderíamos afirmar, num primeiro momento, que se não existe uma disposição normativa que assegure o carácter obrigatório da corroboração no âmbito da livre apreciação da prova, então a valoração de prova e sentença ficariam assim facilitadas. O juiz baseado somente nas declarações do co-arguido, por ser o único a estar presente do outro arguido no local do crime, condenava-o, sem recorrer a outras técnicas de valoração da prova. No entanto, uma análise mais aprofundada da questão, faz-nos olvidar esse argumento. Muito embora não estando prevista de forma expressa, a corroboração deve ser sempre levada a cabo. Caso contrário, estaríamos a abrir portas ao facilitismo. Suponhamos que A, B e C, irmãos, ávidos de riqueza, matam o seu tio, que não tinha mais nenhum parente, e tinha guardado em casa um cofre cheio de notas e barras de ouro. Dias depois do homicídio, descobrem que E, empregada do tio, encontrava-se em casa naquela noite e que assistiu a tudo. B e C, decidiram de imediato matá-la. Em sede de julgamento, A, que via em B, o seu melhor amigo, afirma peremptoriamente que foi C quem matou E. B, por seu turno, não se encontrava no local do homicídio. Por conseguinte, com base única e exclusivamente nas declarações de A, B era inocentado, e C, por seu turno, era dado como o único autor do homicídio de E.

Com este exemplo pretendemos elucidar o facto do critério da corroboração ser uma necessidade, enquanto elemento constitutivo da convicção pessoal⁴⁷². E essa necessidade encontra amparo, antes de mais, no bom senso do julgador, de modo a que possa proferir uma sentença justa. Estamos convencidos de que a corroboração enquanto critério indispensável na averiguação da veracidade das declarações dos co-arguidos

⁴⁷² Ac. 133/10 do TC, Processo nº678/09, disponível em www.dgsi.pt – “Não importa qualificar esta exigência acrescida para saber se ela significa um desvio (qualitativo) ao princípio da livre apreciação da prova ou se, afinal, não é senão a concretização de regras de experiência para a correcta realização da livre apreciação, em ordem a que esta se não apresente como arbítrio do julgador, antes consubstancie o resultado de uma actividade susceptível de se credenciar racionalmente perante o auditório de pessoas prudentes, experientes das coisas da vida e de recta intenção. Como também não é indispensável decidir se a existência de elementos de corroboração das declarações de um arguido desfavoráveis a outro, face às garantias constitucionais do processo penal, constitui complemento integrador *sine qua non* da dita atendibilidade. (...) A doutrina da corroboração deve aqui desempenhar um papel, pois não estando o co-arguido sujeito a juramento, nem ao dever de verdade com cominação de sanção criminal, deve exigir-se alguma prova no sentido da comprovação das declarações do co-arguido, pelo que é sobre ele que vai exercer-se o juízo de conformidade constitucional”.

encontra, ainda que de forma implícita, suporte na legislação, nomeadamente na al.a) do n.º1 do art.º 133º: o arguido não pode depor na qualidade de testemunha enquanto mantiver essa qualidade. Uma segunda ilação que poderemos extrair deste preceito normativo será: “o conhecimento probatório do co-arguido não sendo produzido como um testemunho, não deve ser valorado como um testemunho”⁴⁷³. Mas, o que é que entendemos por “não deve ser valorado como um testemunho”?

A questão obviamente remete-nos para o âmbito da prova testemunhal⁴⁷⁴. Dois dos deveres a que a testemunha fica submetida, como sabemos, prendem-se com o comprometimento de responder com verdade às perguntas que lhe forem directamente dirigidas (al.d) n.º1 do art.º 132º), assim como o dever de prestar juramento (al.b). Desta feita, se a testemunha prestar falsas declarações e posteriormente concluir-se pela falta de veracidade das mesmas, esta incorre num crime de falsos testemunhos⁴⁷⁵.

Por seu turno, o estatuto do arguido incorpora um direito “a não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”⁴⁷⁶; o direito ao silêncio, “sem que este possa desfavorecê-lo”⁴⁷⁷; como expoente máximo da protecção e salvaguarda da dignidade, determina o n.º2 do art.º 32º da CRP que “todo o arguido se presume inocente até trânsito em julgado da sentença de condenação”. Isto não significa que a arguido tenha o direito de mentir, pelo simples facto de não prestar juramento, assim como o silêncio vir a ser encarado como um disfarce da mentira, assinalando-se a velha máxima popular de que “quem cala consente”.

Nesta linha de raciocínio, poderíamos inferir que será mais credível a palavra da testemunha (por se encontrar sob juramento) do que o arguido? É um raciocínio falacioso. “Não se afigura correcto pretender que entre duas distintas declarações, uma da testemunha X e outro do arguido Y, a mais credível deva ser a da testemunha. Pode afirmar-se apenas

⁴⁷³ No mesmo sentido, SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p. 207.

⁴⁷⁴ Cfr arts.128º e ss.

⁴⁷⁵ Cfr. art.º 360º CP.

⁴⁷⁶ Al.d), n.º1 do art.º 61º.

⁴⁷⁷ n.º1 do art.º 343º.

que «se a mesma pessoa, na mesma situação, faz a mesma declaração, a probabilidade da sua correcção é maior quando essa pessoa se encontra sob a ameaça vigente para as testemunhas»⁴⁷⁸. Na verdade, na prova testemunhal «a credibilidade representa a regra e o depoente pode ser tido credível enquanto se não verificarem elementos concretos susceptíveis de perturbar a sua credibilidade». Já nas declarações do co-arguido, «falta o cânone da credibilidade e a pressão ético-legal»⁴⁷⁹.

Concluimos assim com a ideia de que se a livre apreciação de prova não deve ser pautada pela hierarquização dos meios de prova, esta, no entanto, não deve deixar de ser rodeada pelos maiores cuidados. Nessa medida, como cada caso é um caso, resta ao legislador equilibrar e delimitar os limites dessa mesma avaliação da prova no plano abstracto. E é nessa linha que a corroboração surge como uma derrogação⁴⁸⁰ ao princípio da livre apreciação da prova, como critério fundamental de avaliação acrescida, redobrada, das declarações prestadas, nomeadamente por co-arguidos. Só existindo corroboração das declarações dos co-arguidos é que estas poderão ser tomadas como provas válidas. O juiz, evidentemente, deverá ter em conta essas declarações na reconstituição do momento histórico, avaliando-as e confrontando-as com as provas restantes, “somente se e quando as

⁴⁷⁸ GRÜNWARD, “die verfahrensrolle des mitbeschuldigten”, in: *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, II, Köln: 1983, p.501. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.209.

⁴⁷⁹ BARONE, Giuseppe, “*la chiamata di correo*”, RDP: 1987, p.121. In: SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.209. “Para Barone as declarações dos co-arguidos deveriam submeter-se ao regime da prova testemunhal: «para sair da polémica e de uma situação de extrema incerteza em relação à eficácia probatória da *chiamata* e para criar em torno do co-arguido uma atmosfera de menor desconfiança necessitar-se-ia responsabilizar este último mediante as obrigações morais e jurídicas do testemunho, abandonando definitivamente a estrada do interrogatório, cuja disciplina contempla também o direito a mentir. Propõe, por isso, a eliminação do impedimento para o co-arguido e construção das declarações do co-arguido sobre o facto de terceiro como testemunho. A indubitável existência em concreto de possíveis suspeitas em relação à veracidade de tais declarações, bem como o respeito devido ao princípio *nemo tenetur se detegere* não podem ser chamados para desvalorizar *ab origine* o conteúdo dessas declarações ao ponto de negar-lhe qualquer valor probatório mas apenas para dispor da problemática garantística susceptível de satisfatórias soluções. A predisposição de mecanismos processuais aptos a impedir a possibilidade de uma auto incriminação do declarante e a introdução da *cross examination* poderiam constituir garantias adequadas em relação aos temidos perigos de inquinamento da prova testemunhal e de lesão do direito de defesa»”.

⁴⁸⁰ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.218 – “ (...) a regra da corroboração traduz uma prova legal negativa, na medida em que o juiz só pode condenar quando se verificam as condições da prova legal (no caso, a corroboração da declaração por outros elementos probatórios), mas é livre de absolver, ainda que tal prova tenha sido produzida”.

mesmas resultem susceptíveis de confronto através de outros elementos probatórios cuja presença e cuja potencialidade corroborativa se ponham como *conditio sine qua non* para o emprego da própria declaração para fins decisórios. Cabendo-lhe ainda, o dever de dar conta dessa valoração e desses elementos na própria fundamentação”⁴⁸¹.

“As regras probatórias legais, independentemente do seu conteúdo, procuram espelhar o seu sentido conformador que o legislador pretende ver imprimido no procedimento probatório em ordem à obtenção de uma verdade processualmente válida. E, nessa medida, expressam uma opção valorativa perante os interesses conflitantes. Neste sentido, não pode deixar de ter presente que a exigência de corroboração apresenta uma inegável dimensão política, na medida em que tem como função baixar ou aumentar o grau de credibilidade. Se se entende que ela não surge necessária, aceita-se correr maiores riscos na condenação; exigindo-a, aceita-se correr maiores riscos na absolvição”⁴⁸².

⁴⁸¹ SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.219.

⁴⁸² SEIÇA, Medina, *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*, p.211.

Capítulo V

(Art.º 345º nº4: (novo) limite na prova feita por um co-arguido contra outro co-arguido)

1. – Fundamentos que estão na origem do art.º 345º nº4

O nº4 do art.º 345º, aditado pela Lei 48/2007, de 29 de Agosto, foi introduzido na sequência do Ac. nº 524/97 do Tribunal Constitucional, que decidiu “julgar inconstitucional, por violação do art.º 32º nº5 da CRP, a norma extraída com referência aos artigos 133º, 343º e 345º, no sentido em que confere valor de prova às declarações proferidas por um co-arguido, em prejuízo de outro co-arguido quando, a instâncias destoutro co-arguido, o primeiro se recusa a responder, no exercício do direito ao silêncio⁴⁸³”.

Nas considerações vertidas nas linhas do acórdão, assiste-se a uma preocupação que vai ao encontro da protecção do direito ao silêncio do arguido, enquanto garantia constitucionalmente consagrada, assim como o direito ao contraditório⁴⁸⁴: “o art.º 61º, nº 1, al. c) lhe confere o direito de não responder às perguntas que lhe sejam feitas sobre os factos a ele imputados e sobre o conteúdo das declarações sobre eles prestadas, o nº 2 do

⁴⁸³ Ac. nº 524/97, 14/07 do Tribunal Constitucional, Processo nº 223/97, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁸⁴ Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição Da República Portuguesa Anotada, vol. I, p.522.

art.º 343º manda que o tribunal o oiça nas declarações que se dispuser a prestar, o nº 1 do art.º 345º permite que, depois de se dispor a prestá-las, passe a recusar-se a responder a alguma ou a todas as perguntas; e é ainda de salientar que a letra do nº 2 deste último preceito não inclui o advogado de um co-arguido entre as entidades que podem pedir perguntas complementares ao arguido que se dispôs a responder. (...) Este interesse por parte do arguido não deve ser limitado por qualquer consideração do contraditório como simples emanção de um processo organizado a partir das tensões estabelecidas entre duas partes - a acusação e a defesa; com isso se lhe introduziria uma nota de formalismo que o processo penal não pode acolher, esquecendo os interesses contrários que podem existir entre dois arguidos que se achem sob o foco de uma mesma acusação e que bem podem desenvolver entre si uma luta tendente à exclusão ou à repartição de culpas, conduzida por um em detrimento do outro.

A letra do nº 2 do art.º 345º não inclui, como se disse, o defensor do co-arguido entre aqueles que podem pedir a formulação de perguntas ao arguido que está a ser interrogado.

A lei pode, evidentemente, ser aqui entendida como pretendendo excluir os defensores de co-arguidos do rol das pessoas que podem pedir esclarecimentos ao arguido que está a ser interrogado.

Mas, na linha do que ficou dito, e sendo os arguidos mais do que um, é difícil negar a violação do princípio da igualdade de armas, contido no art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que existiria se a lei prescrevesse expressamente a impossibilidade de sugestão de perguntas pelo defensor de um co-arguido, assim se impondo o abandono de uma interpretação literal desta norma.

Este princípio garante as posições relativas entre as partes de um processo, por forma a que qualquer delas não tenha menos direitos ou possibilidades de actuação do que a parte contrária.

Não quer isto dizer que consideramos partes contrárias entre si os co-arguidos.

Mas temos presente que, podendo as declarações de um dos co-arguidos ser usadas como meio de prova contra outro co-arguido, este se encontraria em situação desigual face à sua parte contrária - o MP -, que poderia pedir ao primeiro esclarecimentos sem que o segundo pudesse também fazê-lo.

Nem isto representa qualquer coisa de diferente do que foi praticado na audiência de julgamento que teve lugar nos presentes autos, já que a leitura das respectivas actas mostra que com largueza aí se praticou a sugestão de perguntas a um arguido por parte de defensores de co-arguidos seus sem que o senhor Procurador da República ou algum dos senhores advogados constituídos ou defensores nomeados houvesse protestado.

Assim, aceitamos, como ponto de partida, a ideia de que a redacção legal parte, como é frequente, da hipótese mais vulgar e mais simples - a de haver um só arguido -, mas sem que esteja com isso a pretender distinguir entre os diversos co-arguidos, na hipótese de pluralidade.

E, por isso, aderimos a uma interpretação extensiva deste art. 345º nº 2 que o compatibiliza com aquela disposição internacional - que, aliás, e a não ser assim, sempre sobrelevaria a lei ordinária interna.

No entanto, tal leva-nos, apenas, a dizer que tais perguntas só poderão, com eficácia, ser sugeridas ao tribunal quando o arguido sob interrogatório esteja disposto a responder.

Se assim não for, achamo-nos perante um conflito entre este direito de um arguido a concorrer, de uma determinada forma, para a análise e produção críticas de outras provas e o direito, que é incontestável, que todo e qualquer arguido tem a não responder à matéria da sua culpa, directamente emergente do nº 1 do mesmo art.º 32º. Assegurando o processo penal todas as garantias de defesa, uma das primeiras de entre elas é a de um arguido não ser obrigado a produzir respostas que possam concorrer para a sua incriminação.

E este direito prolonga-se no nº 2 do art.º 32º, como resultado da sua presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Na verdade, tudo resulta da peculiaridade das declarações do arguido, a um tempo meio de prova e meio de defesa, estando esta última vertente na base da sua regulamentação específica, designadamente da possibilidade de recusa, total ou parcial, a responder e da inexistência de qualquer sanção para a falta de verdade das respostas dadas, bem como da impossibilidade jurídica de do seu silêncio serem retiradas quaisquer inferências e do valor probatório livremente apreciado daquilo que por ele for dito.

Afigura-se-nos que desta alternativa se impõe optar pela primeira via - a da articulação -, que levará a que, no seu campo próprio, cada um destes direitos valha em

pleno.

E, na verdade, o contrário significaria o sacrifício de um de dois direitos de igual sentido e dignidade.

O direito de defesa implica que um arguido possa limitar-se a responder se, como e quando quiser.

O direito de defesa implica também que se não prescindia da possibilidade de se efectivar a sua intervenção processual de acordo com outra garantia essencial do processo penal - o princípio do contraditório.

Esta faculdade não se limita à possibilidade de um arguido procurar infirmar, através de instâncias, ainda que feitas por interposição do juiz, o que um seu co-arguido tiver dito; pode ter também lugar através do oferecimento e produção de provas que ponham em dúvida ou destruam a versão por esse co-arguido apresentada; mas o contra-interrogatório, não sendo o único modo de contraditar prova contrária, aparece como um meio que poderá ser, em concreto, o único possível e, de qualquer modo, para tanto indispensável e sempre imprescindível.

Não poderá, portanto, aceitar-se como possível e sem consequências a proibição, em certas circunstâncias, desse contra-interrogatório.

Isto implica a necessidade de privilegiar a vertente da defesa e sacrificar a vertente do meio de prova.

Isto envolve, pois, a consequência de a declaração, quando quem a proferiu se recusou depois a esclarecê-la ou desenvolvê-la, perder o seu valor probatório contra quem é por ela visado.

Poderá valer enquanto meio de defesa, ou até de prova, a favor do seu autor, mas não valerá como meio de prova contra um co-arguido que o tenha querido instar⁴⁸⁵.

No seguimento deste acórdão, surgiu nova jurisprudência que avança entendimento idêntico ao perfilhado pelo Tribunal Constitucional no acórdão acima mencionado. De seguida, apresentaremos as principais traves-mestras dos argumentos invocados nos acórdãos que de seguida mencionaremos, a título exemplificativo.

⁴⁸⁵ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n°678/09

O Ac. do STJ, 12.03.2008⁴⁸⁶, reconhece: “O TC e o STJ já se pronunciaram no sentido de estar vedado ao tribunal valorar as declarações de um co-arguido, proferidas em prejuízo de outro, a instâncias deste, o primeiro se recusa a responder, no exercício ao silêncio. E é exactamente esse o sentido da alteração introduzida pelo nº4 do art.325º do CPP quando proíbe a utilização como meio de prova, das declarações de um co-arguido em prejuízo de outro nos casos em que aquele se recusar a responder às perguntas que lhe forem feitas pelo juiz ou jurados ou pelo presidente do tribunal a instâncias do Ministério Público, do advogado, do assistente ou do defensor oficioso. Tal como quando é exercido o direito ao silêncio, as declarações incriminadoras de co-arguido continuam a valer como prova quando o incriminado está ausente. Na verdade, tal ausência não afecta o direito ao contraditório que, na fase de julgamento, onde pontifica a oralidade e imediação, pressupõe a possibilidade de o arguido, por intermédio do seu defensor, sugerir as perguntas necessárias para aquilatar da credibilidade do depoimento que se presta a infirmá-la caso se mostre adequado, pois estando presente o defensor do arguido o mesmo pode e deve exercer o contraditório sobre os meios de prova produzidos⁴⁸⁷”.

Por seu turno, o Ac. da Relação de Coimbra, de 15/10/2008, salienta: “Desde que sujeitas ao princípio do contraditório podem ser valoradas as declarações de um co-arguido produzidas contra outro co-arguido, sendo para o caso irrelevante que o co-arguido esteja ou não presente na audiência de discussão e julgamento, pois tal ausência não afecta obviamente o exercício do contraditório através do respectivo defensor⁴⁸⁸”.

O Ac. da Relação do Porto, de 17/11/2004, afirma: “As declarações de um arguido relativamente a co-arguido podem, só por si, ser suficientes para dar como provado determinado facto, desde que seja possível assegurar o contraditório, tratando-se de prova a apreciar nos termos do art.127º do CPP⁴⁸⁹”.

⁴⁸⁶ Ac. do STJ, 12.03.2008, Processo nº694/08, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁸⁷ Ac. do STJ, de 12/03/2008, Processo nº694/08, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁸⁸ Ac. da Relação de Coimbra, de 15/10/2008, Processo nº 400/06.2GCAVR.C1, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁸⁹ Ac. da Relação do Porto, de 17/11/2004, disponível www.dgsi.pt em www.dgsi.pt.

2. - (Não) valoração das provas prestadas pelo co-arguido para efeitos de incriminação de outros co-arguido, quando este se remeteu ao silêncio

Dispõe o n.º 4 do art.º 345º que “não podem valer como meio de 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”.

Do conteúdo deste preceito normativo, podemos extrair o seguinte exemplo:

A e B são acusados de terem cometido um crime de homicídio. A recorre ao seu direito ao silêncio durante o julgamento. B, co-arguido, por seu turno imputara os factos a A, em sede de inquérito. Contudo, no momento da audiência de julgamento em que lhe são formuladas questões acerca dessa mesma acusação anteriormente proferida, B nada diz acerca das mesmas, remetendo-se igualmente ao silêncio. Quid iuris? Pegando, novamente, no conteúdo do n.º 4 do art.º 345º, aplicando ao caso concreto: Não podem valer como meio de prova as declarações de um co-arguido (neste caso, B) em prejuízo de outro co-arguido (co-arguido A) quando o declarante (B) se recusar a responder às perguntas formuladas nos termos dos n.ºs. 1 e 2 (o juiz, o MP, o advogado do assistente, advogado do co-arguido (como vimos) e o defensor podem solicitar esclarecimentos sobre as declarações prestadas ao co-arguido declarante), sobre os factos, na qualidade de arguido.

Vamos admitir um segundo exemplo. A, B, e C, são acusados da prática de um crime de tráfico de estupefacientes. A remeteu-se ao silêncio. B, na primeira audiência de julgamento imputou a prática do crime exclusivamente a A⁴⁹⁰. Numa segunda audiência, pois já haviam decorrido mais de 30 dias em relação à primeira⁴⁹¹, decidiu alterar a sua estratégia processual não confirmando as declarações sobre essas afirmações anteriormente prestadas. C confessa a prática do crime, salientando que o praticou juntamente com os outros dois co-arguidos. Sabemos que para operar a confissão, integral e sem reservas, renunciando-se assim à produção de prova, seria necessário que todos os arguidos, nos termos do art.º 344º, confessassem. Mas neste caso isso não acontece. Somos aqui confrontados com uma situação pertinente: O instituto da confissão não pode operar por

⁴⁹⁰ Cfr. Capítulo II, ponto 6.2.4.

⁴⁹¹ Cfr. n.º 6 do art.º 328º.

não confessarem todos os co-arguidos; por outro lado, as declarações do co-arguido C não podem servir como meio de prova em relação a A, precisamente por se tratar de declarações que também o incriminam, desfavoráveis, portanto. Por conseguinte, na falta de outras provas, em virtude do princípio da presunção de inocência, A seria certamente absolvido, respeitando-se assim o nº2 do art.º 32º da CRP, e, nomeadamente, o nº4 do art.º 345º. Porém, pensamos que existe uma forma legal de contornar a questão. Falamos da separação de processos relativamente ao co-arguido (B) que não prestou declarações, por considerarmos que a manutenção da conexão processual representava um grave risco para a pretensão punitiva do Estado, assim como para os interesses dos ofendidos e dos lesados⁴⁹². Por conseguinte, C seria julgado e condenado no primeiro processo, sendo-lhe assim possível, se assim o entender depor na qualidade de testemunha no segundo processo, mantendo as declarações que anteriormente tinha proferido a incriminar igualmente A e B⁴⁹³.

O certo é que cada caso é um caso e, nessa medida, tem que ser considerado e valorado à luz dos princípios gerais da apreciação da prova.

Estamos em crer que estas situações em que o único meio de prova é a declaração prestada pelo co-arguido constituem uma situação pouco frequente, singular. Na maioria dos casos existem outros elementos probatórios, sejam eles de natureza documental, testemunhal ou científica que serão avaliados e conjugados com as declarações proferidas pelo co-arguido. De forma alguma o seu direito ao silêncio é violado. O papel do Tribunal é levar a cabo todas as diligências que estiveram ao seu alcance para descobrir a verdade, cumprindo o seu papel. E se um co-arguido se remete ao silêncio, é uma estratégia processual como outra qualquer. Poderia contestar os factos que lhe são imputados apresentado a sua versão dos mesmos? Podia. Mas remeteu-se ao silêncio, precisamente por uma questão de estratégia.

3– Análise ao Ac.133 / 2010, do Tribunal Constitucional, de 14/04/10

⁴⁹² Cfr. al.b) do nº1 do art.º 30º.

⁴⁹³ Cfr. nº2 do art.º 133º.

O acórdão objecto de estudo apresenta como *thema decidendum* a análise da constitucionalidade do nº4 do art.º 345º do CPP, conjugado com os arts. 133º, 126º e 344º, também do CPP, e com os nºs 1 e 8 do art.º 32º e art.203º, da CRP. Nas alegações apresentadas pelo recorrente, aglutina-se uma fundamentação que vai no sentido de julgar inconstitucional “toda e qualquer interpretação que permita valorar as declarações de um co-arguido para efeitos de incriminação de outros co-arguidos que, no uso do direito previsto na al.d) do nº1 do art.º 61º do CPP e no nº1 do art.º 32º da Constituição, se recusarem a prestar declarações sobre o objecto do processo”⁴⁹⁴.

Por seu turno, o MP vem contestar a linha argumentativa apresentada pelo recorrente, requerendo o não provimento do recurso, confirmando a decisão recorrida. Afasta assim qualquer inconstitucionalidade por parte do nº4 do art.º 345º. Nessa medida, afirma prontamente que de modo algum, se poderá deixar de valorar as declarações proferidas por um dos co-arguidos em prejuízos dos demais⁴⁹⁵. E tal ideia em nada contende com a violação do direito ao contraditório⁴⁹⁶ ou, tão-pouco, tais declarações possam ser encaradas como uma violação ao direito de defesa⁴⁹⁷ dos demais co-arguidos, que se remeteram ao silêncio.

⁴⁹⁴ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo nº678/09, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁹⁵ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo nº678/09 - “Não há, assim, aqui, ao contrário do alegado pelo recorrente, nenhuma violação de qualquer das garantias de defesa em processo penal, consagradas no art.º 32º da Constituição da República, tendo-se preservado o *due process of law*.”

Com efeito, os restantes arguidos tiveram sempre o poder de contraditar toda a prova contra si produzida no processo (*cross-examination*), tendo, no entanto, preferido manter-se em silêncio, o que é um direito que, naturalmente, lhes assiste”.

⁴⁹⁶ A propósito do princípio do contraditório, RISTORI, Adriana, Sobre *O Silêncio Do Arguido No Interrogatório No Código de Processo Penal Português*, p.65, escreve: “O contraditório é apontado como um dos princípios estruturantes do processo criminal baseado no modelo acusatório, modelo exigido pela CRP e também no CPP. A contrariedade possibilita e efectiva a realização da dialéctica dentro de um processo”. Para um desenvolvimento mais profundo da questão, cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual De Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, tomo IV. Lisboa. Coimbra Editora: 2000, p.259-260.

⁴⁹⁷ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo nº678/09 - “Por outro lado, também se não atingiu, de forma intolerável, desproporcionada ou manifestamente opressiva, o direito de defesa dos restantes co-arguidos, que, se entenderam de se remeter ao silêncio sobre o objecto do processo, o fizeram de forma livre e esclarecidamente. E, salvaguardou-se, acima de tudo, o imperativo da realização da justiça material, característica indelével de um Estado de Direito Democrático”.

Estando realizado o enquadramento argumentativo das partes, vem, por seu turno, o TC apresentar a sua decisão que será, por seu turno, dividida em duas questões distintas, mas complementares. Desde logo, começa por analisar a questão da possibilidade de valoração das declarações dos co-arguidos quando os demais se remetem ao silêncio. Num segundo momento, posteriormente, cogita acerca da valoração das mesmas, ou seja, o peso que as mesmas têm no quadro da livre apreciação do julgador. Entendemos que por uma questão de encadeamento de raciocínio, devemos manter essa divisão, prosseguindo à sua análise e crítica pela mesma ordem.

O art.º 125º reconhece que “são admissíveis as provas que não forem proibidas pela lei”. Em disposição alguma do Código nos é dito, pelo menos de forma expressa, que as declarações de co-arguidos não poderão ser valoradas. O que encontramos, sim, é um impedimento, e nessa medida, tal impedimento limita, certamente, a obtenção do meio de prova. Falamos, pois, da al.a) do n.º1 do art.º 133º: “O arguido e os co-arguidos, no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem aquela qualidade”. Isto significa, pois, a impossibilidade de o co-arguido depor na qualidade de testemunha relativamente a factos que são imputados a si, exclusivamente, quer em relação aos factos que são imputados também aos demais co-arguidos. O mesmo impedimento se estende a processos conexos, caso estes existam. Como reconhece, e bem, o Tribunal Constitucional, “o que visa este preceito é a protecção do próprio arguido, como tal constituído, que assim fica excluído da obrigação de depor como testemunha se como tal for indicado, e liberto ainda dos deveres de prestação de depoimentos e de o fazer com verdade sob pena de ser sancionado criminalmente”⁴⁹⁸. “ (...) O conteúdo deste preceito, de modo algum, nega a possibilidade de valoração das declarações de um arguido contra o seu co-arguido (...)”⁴⁹⁹.

O direito ao silêncio em nada contende com a produção de prova. É um direito fundamental que assiste ao arguido. “O direito ao silêncio – que não pode ser quebrado por qualquer das formas previstas no art.º 126º, n.º1, do Código do Processo Penal, sob pena das provas assim obtidas serem nulas, não podendo assim ser utilizadas -, não pode repercutir-se na nova prova obtida e produzida através de meio legal, em termos de impedir a sua

⁴⁹⁸ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n.º678/09.

⁴⁹⁹ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n.º678/09.

valoração quando demonstre a responsabilização criminal do arguido”⁵⁰⁰. Este (o arguido), pode ou não exercer o contraditório. “Não só as declarações de co-arguido contra outro co-arguido, como qualquer outro meio de prova produzida em audiência de julgamento, colocam o co-arguido não declarante, que se remeteu ao silêncio, na situação de exercer ou não o contraditório”⁵⁰¹. Como salienta ainda o acórdão, “a produção da prova em audiência de julgamento, designadamente através de prestação de declarações de co-arguido contra outro co-arguido, não é uma forma indirecta a pressionar os co-arguidos que optaram pelo silêncio a responder a perguntas objecto do processo, mas sim a forma de realização de justiça própria de um Estado de Direito Democrático”⁵⁰².

No que tange ao valor probatório das declarações do arguido como meio de prova de factos desfavoráveis em relação a outro co-arguido:

A al.a) do n.º 1 do art.º 344º sustenta que a confissão integral e sem reservas, enquanto meio de prova, implica que seja assumida por todos os co-arguidos. Deste modo, o TC vem defender, em caso de confissão parcial, ou seja, quando algum dos co-arguidos não confesse de forma plena e sem reservas, estas ainda assim, não devem ser descuradas. Devem, pois, ser avaliadas no âmbito da livre apreciação do julgador.

A valoração das declarações do co-arguido devem ser tomadas como meio de prova, é certo, mas rodeadas de algumas cautelas: “ (...) a prova por essa via obtida, padece de uma debilidade congénita. Sustenta-se que, ainda que não se trate de um meio de prova em abstracto proibido, é uma prova de diminuída credibilidade, que merece reservas e cuidados muito especiais de admissibilidade e valoração”⁵⁰³. Nessa linha o TC vem defender a ideia de que “a sentença não alicerce os factos provados exclusivamente nas declarações de co-arguido contra outro co-arguido; é necessária uma corroboração probatória das declarações de co-arguido contra outro co-arguido”⁵⁰⁴. Cogitando acerca da natureza da técnica da corroboração, de modo a saber se afecta ou não o princípio da livre apreciação da prova, o

⁵⁰⁰ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n.º678/09.

⁵⁰¹ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n.º678/09.

⁵⁰² Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n.º678/09.

⁵⁰³ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n.º678/09.

⁵⁰⁴ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo n.º678/09.

TC conclui: “Não importa qualificar esta exigência acrescida para saber se ela significa um desvio (qualitativo) ao princípio da livre apreciação da prova ou se, afinal, não é senão a concretização de regras de experiência para a correcta realização da livre apreciação, em ordem a que esta se não apresente como arbítrio do julgador, antes consubstancie o resultado de uma actividade susceptível de se credenciar racionalmente perante o auditório de pessoas prudentes, experientes das coisas da vida e de recta intenção. Como também não é indispensável decidir se a existência de elementos de corroboração das declarações de um arguido desfavoráveis a outro, face às garantias constitucionais do processo penal, constitui complemento integrador *sine qua non* da sua atendibilidade⁵⁰⁵”.

Assim sendo, nada mais óbvio do que afirmar, em jeito conclusivo, que o arguido é “o senhor da decisão, que deve ser inteiramente livre e esclarecida, de prestar ou não prestar declarações. E isso quer os factos lhe sejam imputados apenas a si, quer respeitem também a outros arguidos. Cada arguido decide, como melhor lhe convier, se presta ou não declarações. E se as prestar serão valoradas, quanto a todos os factos sobre que versem, de acordo com o princípio da liberdade objectiva do juízo de prova.

De modo algum, a circunstância das declarações de um dos arguidos poderem ser valoradas contra os demais possa afectar a livre decisão destes de optarem pelo silêncio. Pode sim a estratégia destes revelar-se menos adequada, mas isso é inerente à normal evolução da produção de prova. Pode suceder com esse ou com qualquer outro meio de prova, que os arguidos que exercem o direito ao silêncio acabem por ver-se na necessidade ou conveniência de modificar essa opção face à evolução da produção da prova⁵⁰⁶”.

Conclui o Tribunal Constitucional, após a sua exposição argumentativa, que as disposições normativas apontadas pelo recorrente não se encontram providas de fundamento, não havendo assim, por conseguinte, nenhuma violação de qualquer norma constitucional.

⁵⁰⁵ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo nº678/09.

⁵⁰⁶ Ac. 133/2010, de 14/04/10 do TC, Processo nº678/09.

CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico é dotado de uma série de princípios, característicos de um verdadeiro Estado de Direito Democrático, que espelham o tratamento conferido ao processo penal, maxime ao arguido.

O princípio da presunção de inocência deve manifestar-se ao longo do processo enquanto salvaguarda de que o arguido não é submetido ao um processo que o encare, ab initio, como culpado.

O princípio in dubio pro reo consubstancia-se num corolário do princípio da presunção de inocência.

Todo o processo-crime tem como premissa fundamental a descoberta da verdade, assim como a boa decisão da causa. Verdade essa que visa aproximar-se, o quanto possível da verdade real, ou seja, aquilo que realmente aconteceu. Trata-se, pois de uma verdade moldada com base em factores históricos, sociais e culturais.

Os indícios que fundamentam a acusação proferida contra o arguido devem ser razoáveis. Essa razoabilidade deve fundamentar-se num critério de um certo grau de exigência e de certeza.

Os direitos que assistem ao arguido ao longo do processo, constituindo um meio de defesa pessoal, proporcionam-lhe ainda a garantia de um processo justo.

Com o aditamento do nº4 do art.º 345º, o legislador vem por fim esclarecer, ainda que de forma implícita, a possibilidade de valoração das declarações de um co-arguido como um meio de prova legal. Só assim não será caso o arguido contra a qual estão a ser proferidas declarações se remeter ao silêncio.

São visíveis as diferenças assinaláveis entre o estatuto da testemunha e o estatuto do co-arguido. Por conseguinte, é com manifesta evidência que se proíbe a valoração das declarações de co-arguido enquanto este último se mantiver no processo nessa qualidade.

Só poderá depor na qualidade de testemunha, excepcionalmente, se assim expressamente consentir, assim como desde que a conexão entre os processos tenha findado.

No que concerne ao modo de valoração das declarações do co-arguido: o nosso ordenamento jurídico adoptou o sistema da livre apreciação da prova. Esta, por seu turno, não deve ser pautada pela hierarquização dos meios de prova.

Mesmo admitida, face ao seu carácter volátil e falível, não deve deixar de ser rodeada pelos maiores cuidados. De tal forma que deve ser sempre corroborada.

A prova que faz adquirir ao processo o conhecimento de um elemento de corroboração tem por objecto um facto diverso do tema histórico.

A contra-prova não deve ser confundida com a corroboração. A contra-prova, como o próprio nome indica, implica a existência e a avaliação de um outro meio de prova, independente da existência das declarações do co-arguido. Ao admitir uma valoração das declarações de co-arguido suportadas na contra prova, estaríamos assim a admitir que as mesmas teriam um valor probatório inferior a outro meio de prova.

A exigência de contra-prova, nestas situações, comportaria níveis excessivos de verificação probatória, e, não raras as vezes, se esta não existisse, poderia redundar na inutilidade dessas declarações.

Desta feita, o critério da corroboração surge assim como critério indispensável da formação da convicção pessoal do julgador.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

- *Comentário Do Código De Processo Penal*. 3ª Edição. Lisboa. Universidade Católica Portuguesa: 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa

- *Sobre As Proibições De Prova Em Processo Penal*. Coimbra. Coimbra Editora: 1992.

- *Ensaio Sobre A Teoria Da Interpretação Das Leis*. 3ª Edição. Coimbra. Arménio Arnado-Editor: 1978.

BARREIROS, José António

- *Processo Penal*, vol I. Coimbra. Almedina: 1981.

BARREIROS, José António, MARTINS, Teresa

- *Estudos sobre a Constituição*, vol.II. Lisboa. Petrony: 1978.

BELEZA, Teresa Pizarro.

- “tão amigos que nós éramos: «o valor probatório do depoimento do co-arguido no Processo Penal Português»”, in *Revista Do Ministério Público*. Ano 19, nº74. Lisboa: 1998.

BELEZA, Teresa Pizarro, ISASCA Frederico, GOMES, Rui Sá

- *Apontamentos de Direito Processual Penal*. Lisboa. Associação Académica Da Faculdade de Direito de Lisboa: 1992.

BOLINA, Helena Magalhães

- “razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência”, in *Bolteim da Faculdade De Direito Da Universidade De Coimbra*, vol.70: 1994.

CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital

- *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, vol.I. 3ª edição. Coimbra. Coimbra Editora: 2007.

CAMPOS, Carlos da Silva

- “os direitos de defesa no inquérito criminal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 49. Lisboa: 1989.

CARVALHO, Taipa

- *Sucessão De Leis Penais*. 3ª Edição. Porto. Coimbra Editora: 2008,

CHIVARIO, Mário

- “o impacto das novas tecnologias: os direitos do indivíduo”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Ano 7, fascículo 3º. Coimbra. Coimbra Editora: 1997.

COSTA, Eduardo Maia

- “a presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, in *Revista Do Ministério Público*. Ano 23, nº 92. Lisboa: 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da

- *Filosofia Do Direito*. Porto. Almedina: 2006.

DIAS, Carlos Alberto Costa

- *Contribuição Ao Estudo Da Fundamentação Das Decisões No Direito Processual*. Munique. Utz Verlag Wissenschaft: 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo

- *Direito Processual Penal*. Lições coligidas por Maria João Antunes. Reimpressão 2004. Coimbra. Coimbra Editora: 1974.
- « la protection des droits de l’homme dans la procédure pénale portugaise”, in *Revue Internationale De Droit Pénal*. 3º trimestre: 1978.
- “o defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória”, in *Revista de Direito E De Estudos Sociais*. Nº18: 1971.
- “sobre os sujeitos processuais no novo código do processo penal”, in *Jornadas De Direito Processual Penal*. Centro de Estudos Judiciários. Almedina: 1989.

EIRAS, Henrique

- *Processo Penal Elementar*. 8ª Edição, revista e actualizada. Lisboa. Quid Juris: 2010.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de

- *Curso De Processo Penal. Lições Proferidas No Ano Lectivo 1954-1955, vol I*. Lisboa: 1955.

- *Curso De Processo Penal. Lições Proferidas No Ano Lectivo 1954-1955, vol II*. Lisboa: 1955.

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João

- *A Prova Do Crime (Meios Legais Para A Sua Obtenção)*. Coimbra. Almedina: 2009.

GONÇALVES, Maia

- *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*. 17º Edição. Coimbra. Almedina: 2007.

GONÇALVES, Manuel

- “a inimputabilidade penal e o código de processo penal de 1987”, in *Revista Do Ministério Público*. Ano 11, nº44.

HOBBS, Thomas

- *Leviathã*. 2ª Edição. Imprensa da Casa Nacional da Casa da Moeda. [Sine loco]: 2010.

LEAL, Rui da Silva,

- “eu sou arguido... amanhã. Os direitos de garantia”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio Em Homenagem A Jorge Figueiredo Dias, Por Ocasão Dos 20 Anos Do Código Do Processo Penal Português*. Braga. Coimbra Editora: 2009.

LIBANO, Cristina

- “perigosidade de inimputáveis e «in dubio pro reo»”, in *Boletim da Faculdade De Direito De Coimbra*. Nº 24. Coimbra. Coimbra Editora: 1997.

LÚCIO, Laborinho

- “subjectividade e motivação no novo processo penal português”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*, Ano 1, nº2: 1991.

FERREIRA, Marques

- “meios de prova”, in *O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra. Almedina: 1993.

MATTA, Paulo Saragoça

- “a livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in *Jornadas de Processo Penal E Direitos Fundamentais*. Coimbra. Almedina: 2005.

MENDES, João Castro

- *O Conceito De Prova Em Processo Civil*. Lisboa. Ática.1961.

MENDES, Paulo de Sousa

- “estatuto do arguido e posição processual da vítima”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Ano 17, nº4. Coimbra. Coimbra Editora: 2007.

MIRANDA, Jorge

- *Manual De Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, tomo IV. Lisboa. Coimbra Editora: 2000.

MONTE, Mário Ferreira

- “um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão”, in *Que Futuro Para O Direito Processual Penal. Simpósio Em Homenagem A Jorge Figueiredo Dias, Por Ocasião Dos 20 Anos do Código Do Processo Penal Português*. Braga. Coimbra Editora: 2009.

MONTEIRO, Conde Fernando,

- “o problema da verdade em direito processual penal (considerações epistémicas)”, in *Que Futuro Para O Direito Processual Penal. Simpósio Em Homenagem A Jorge Figueiredo Dias, Por Ocasião Dos 20 Anos do Código Do Processo Penal Português*. Braga. Coimbra Editora: 2009.

MOURA, José Souto de

- “direito e processo penal actuais e consagração dos direitos do homem”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Ano 1, nº4. Coimbra. Coimbra Editora: 1991.
- “a questão da presunção de inocência do arguido”, in *Revista Do Ministério Público*. Ano 11, nº 42: 1986.
- “inquérito e instrução”, in *O Novo Código De Processo Penal*. Coimbra. Almedina: 1993.

MOUTINHO, José Lobo

- *Arguido E Imputado No Processo Penal Português*. Lisboa. Universidade Católica Editora: 2002.
- “a competência por conexão no novo código de processo penal”, in *Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa. Universidade Católica Editora: 1992.

NEVES, António Castanheira

- *Sumários De Processo Criminal* (1967-1968). Coimbra: 1968.

- “*metodologia jurídica* (problemas fundamentais)”, in *Studia Iuridica*. Nº1. Coimbra. Coimbra Editora: 1993.

OLIVEIRA, Francisco da Costa

- *O Interrogatório De Testemunhas*. Coimbra. Coimbra Editora: 2006.

PATRICIO, Rui

- *O Princípio Da Presunção De Inocência Do Arguido Na Fase Do Julgamento No Actual Processo Penal Português*. 2ª Reimpressão. Lisboa. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: 2004.

PALMA, Maria Fernanda

- “a constitucionalidade do arguido do art.º 342º do Código do Processo Penal (o direito ao silêncio do arguido)”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Ano 15, nº60. Coimbra. Coimbra Editora: 1994.

PEREIRA, Rui

- “a relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*. Coimbra Editora. Ano 1, nº1: 1991.

PIMENTA, José da Costa

- *Introdução Ao Processo Penal*. Coimbra. Livraria Almedina: 1989.

- *Código Do Processo Penal Anotado*. 2ª Edição. Lisboa. Rei dos Livros: 1991.

PINHEIRO, Rui, MAURICIO, Artur

- *A Constituição E O Processo Penal*. 4ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora: 1976.

PRATA, Ana, VEIGA Catarina, VILALONGA José Manuel

- *Dicionário Jurídico, vol. II. 2ª Edição. Coimbra. Almedina: 2009.*

RASSAT, Michèle

Traité De Procédure Pénale. Paris. PUF: 2001.

RISTORI, Adriana Dias Paes

- *Sobre O Silêncio Do Arguido No Interrogatório No Processo Penal Português. Coimbra. Almedina: 2007.*

RODRIGUES, José Narciso da Cunha

- “sobre o princípio da igualdade de armas”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal. Ano 1, nº1. Coimbra: Coimbra Editora: 1991.*

ROXIN, Claus

- *Lecciones Sobre El Proceso Penal. Buenos Aires. Editores del Puerto: 2003.*

SANTIAGO, Rodrigo

- “reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no código de processo penal de 1987”, in *Revista Portuguesa De Ciência Criminal. Ano 4. Fascículo 1: 1994.*

- *Do Crime De Violação De Segredo Profissional No Código Penal De 1982. Coimbra. Almedina: 1992.*

SANTOS, Gil Moreira dos

- *O Direito Processual Penal. Porto. Asa Editores: 2003.*

SANTOS, SIMAS, HENRIQUES, Leal

- *Código De Processo Penal Anotado*, vol.I. 3ª Edição. Lisboa. Rei dos Livros: 1996.

SEIÇA, António Alberto Medina de

- *O Conhecimento Probatório Do Co-arguido*. Coimbra. Coimbra Editora: 1999.
- “prova testemunhal, recusa de familiar de um dos arguidos em caso de co-arguição. Anotação do acórdão do STJ de 17.01.1996”, in *RRPC*. Ano 6.

SILVA, Germano Marques

- *Curso De Processo Penal*, vol.I. 4ª edição. Loures. Editorial Verbo: 1993.
- *Curso De Processo Penal*, vol.II. 4ª Edição. Loures. Editorial Verbo: 1993.
- *Curso De Processo Penal*, vol.III. 3ª Edição. Loures. Editorial Verbo. 1994.
- ”princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Revista Direito e Justiça*, vol.III: 1987-1988.
- *Do Processo Penal Preliminar*. Lisboa. Editorial Minerva: 1990.

SILVA, Sandra

- *Protecção De Testemunhas No Processo Penal*. Coimbra. Coimbra Editora: 2007.

SILVEIRA, Jorge

- “o conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra. Almedina: 2005.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

- “indícios suficientes”: parâmetro de racionalidade e “instância” de legitimação concreta do poder-dever de acusar, in *Revista do CEJ*. Nº1, 2º semestre: 2004.

VALENTE, Manuel António Guedes

- *Processo Penal*. Tomo I. 3ª Edição. Lisboa. Almedina: 2010.

VEIGA, Catarina

- *Considerações Sobre A Relevância Dos Antecedentes Criminais Do Arguido No Processo Penal*. Coimbra. Almedina: 2000.

VEIGA, Raul Soares

- “o juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais”, in *Jornadas de Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra. Almedina: 2004.

VILELA, Alexandra

- *Considerações Acerca Da Presunção De Inocência Em Direito Processual Penal* Coimbra. Coimbra Editora: 2000.