



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**“O SILÊNCIO COMO GARANTIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS DAS VÍTIMAS E DOS ARGUIDOS NO
PROCESSO PENAL PORTUGUÊS”**

Dissertação apresentada para obtenção do Grau de Mestre em Direito na
vertente de Ciências Jurídico-Criminais

Mestranda: Diana Henriques Marques Silvério

Orientador: Professor Doutor Mário Ferreira Monte

Lisboa, Janeiro 2013

“O silêncio é um amigo que nunca trai”

(Confúcio)

“Contra quem cala não há castigo nem resposta”

(Miguel de Cervantes)

“Um "não" dito com convicção é melhor e mais importante que um "sim" dito meramente para agradar, ou, pior ainda, para evitar complicações”

(Gandhi)

“Nunca um juramento fez algum réu dizer a verdade”

(Cesare Beccaria)

AGRADECIMENTOS

À minha família pela sua infinita paciência comigo, para que realizasse o meu sonho. Ao meu marido que foi o meu refúgio e sempre me apoiou incondicionalmente nesta batalha, e aos meus queridos filhos Stefanie e Kevin, pelo ânimo que me deram, porque sem eles todo este esforço não faria sentido.

Agradeço a todos os professores de Direito que tive, em especial ao Dr. Mário Monte pelos ensinamentos jurídicos, pela abertura e disponibilidade que sempre manifestou, e pelo privilégio de tê-lo como orientador na elaboração do presente trabalho.

Aos meus colegas que nos momentos difíceis demonstraram uma amizade valiosa.

A todos: o meu obrigado!

RESUMO

Nesta dissertação revelamos como as declarações do arguido no Processo Penal Português constituem um meio de prova, ou seja, entre nós o arguido não assume a posição de testemunha, obedecendo as suas declarações a uma disciplina própria e uniforme com as normas constitucionais relativas às suas garantias de defesa em processo criminal. O Processo Penal tem como finalidades descobrir a verdade, realizar a justiça, defender e garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos e assim alcançar a paz jurídica perturbada com a prática de crimes. O arguido ao ser interrogado tem a oportunidade de ser ouvido para apresentar a sua versão dos factos e exercer o seu direito de autodefesa, como também poderá optar por se calar sem que isso seja usado contra ele. Nem sempre assim foi, com a evolução da ciência surgiram novos métodos de investigação, que paulatinamente destacaram a característica de observar o arguido como sujeito de direitos a privilegiar o princípio da dignidade humana.

O direito ao silêncio passou a ser aceite como garantia e como corolário do princípio contra a auto-incriminação. O silêncio do arguido não pode fundamentar uma presunção de culpa: ele presume-se inocente, e este é um dos princípios basilares consagrados na nossa CRP.

Mas existe um outro aspecto relevante que é o papel que a vítima assume no julgamento, uma vez que, o que era importante era discutir a condenação do acusado. Presentemente, a vítima tornou-se numa dificuldade do Processo Penal, pois passou a ser considerada sujeito do processo e destinatária de medidas de protecção.

O estudo dos princípios que prestigiam o direito ao silêncio e os seus reflexos evidenciam a necessidade de debater este tema. Esta será uma dissertação prospectiva, porquanto iremos falar no que possuímos actualmente e reflectir sobre o futuro.

Palavras-chave: Silêncio, auto-incriminação, presunção de inocência, interrogatório.

ABSTRACT

In this essay, we reveal how the declarations of the accused in the Portuguese Penal Code stand as a means of proof, meaning that in the Portuguese case, the accused doesn't assume the condition of witness. In fact, his or her declarations obey to a proper discipline, uniform with the constitutional procedures, which relate to his or her defense guarantees in a criminal process. The Penal Code aims to find out the truth, fulfill justice, defend and uphold the fundamental rights of all citizens. Therefore, it aims to the achievement of the judicial peace which has been disturbed by criminal activities. When the accused is heard, he or she has the opportunity to present his or her version of the facts and practice the right to self-defense. The accused may also choose the option of remaining silent and this option can't be used against him or her. But it hasn't always been like this. New scientific breakthroughs have brought about new methods in the field of investigation, which slowly but steadily, have given importance to the observation of the accused as someone having rights, and whose human dignity must be respected in all circumstances.

The right to remain silent began to be accepted as guarantee and result of the principle against self-incrimination. The accused's silence mustn't be taken as an assumption of guilt: He or she is presumed innocent and this is one of the fundamental rights consecrated in our CRP.

But there is another important issue: the role assumed by the victim in a situation of trial, as the condemnation of the accused was the greatest concern. Nowadays, the offended has become a difficulty in the Penal Process, as it began to be considered the subject of the process and a destination of protection measures.

The study of the principles, which value the right to remain silent as well as its consequences, stress the necessity of debating this issue. This will be a prospective essay, as we will speak about what we really have today and reflect on future.

Key words: silent, self-incrimination, supposed innocence, interrogation.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Art.	Artigo
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
BOA	Boletim da Ordem dos advogados
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CDEUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	Conforme
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da Republica Portuguesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
Ed.	Edição
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
OPC	Órgão de Policia Criminal
P.	Página
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PJ	Policia Judiciária
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
RMP	Revista do Ministério Publico
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SS	Seguintes
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
ULP	Universidade Lusíada do Porto
Vol.	Volume
V.g.	“verbi gratia” (por exemplo)

ÍNDICE

Agradecimentos	3
Resumo	4
Abstract	5
Lista de abreviaturas	6
Índice	7
Introdução	8
Capítulo I	11
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO À VÍTIMA E ARGUIDO	11
1. Princípio do contraditório	11
1.2. A presunção de inocência	16
1.3. Direito à integridade pessoal e à intimidade privada	22
1.4. Direito à informação	26
1.5. Direito de defesa	28
Capítulo II	35
CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO SILÊNCIO	35
2. Conceito	35
2.1. Natureza jurídica	37
2.2. Fundamento jurídico: direitos, liberdades e garantias pessoais	38
2.3. O direito à não auto-incriminação	41
Capítulo III	50
O INTERROGATÓRIO E O DIREITO AO SILÊNCIO	50
3. O interrogatório e sua natureza jurídica	50
3.1. Garantias do interrogatório	57
3.2. O arguido	61
3.3. A confissão	65
3.4. Limites do exercício do direito ao silêncio	72
3.5. As declarações do co-arguido	81
3.6. A garantia do direito ao silêncio e as vítimas	85
3.7. O direito ao silêncio e as testemunhas	87
4. Consequências da violação do direito ao silêncio	91
Conclusão	100
Bibliografia	103

INTRODUÇÃO

Com a escolha deste tema pretendemos investigar o direito ao silêncio ao qual está associado o direito de não se incriminar a si próprio, *nemo tenetur se ipsum accusare*.

O arguido pode recusar responder a perguntas e apresentar elementos de prova, sendo a razão de ser deste direito proteger o arguido de coacção por parte das autoridades a fim de obterem elementos de prova. O direito ao silêncio aplica-se aos interrogatórios policiais e a nível dos tribunais. O arguido deve ter o direito de não apresentar depoimento, mas é necessário que o arguido seja sistematicamente informado deste seu direito.

O silêncio do arguido não pode fundamentar uma presunção de culpa: ele presume-se inocente (artigo 32.º, n.º 2 CRP). Após a identificação, o presidente do tribunal informa o arguido de que tem o direito de prestar declarações, referentes ao objecto do processo, em qualquer momento da audiência, e de que não é obrigado a prestá-las, nem o seu silêncio o pode prejudicar. E isto porque o arguido tem o direito ao silêncio consagrado quer no artigo 61.º, n.º 1 c) do Código Processo Penal, quer concretamente em audiência de julgamento no artigo 343.º, n.º 1 CPP, “ Sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”.

O direito à não auto-incriminação implica que quem é alvo de um processo-crime, dada a gravidade da sua situação, tenha o direito de recorrer à estratégia do silêncio. É sobre a Justiça do Estado que recai o ónus de demonstrar os factos da acusação. E o que queremos evidenciar é se realmente não deveria prevalecer antes o dever de colaboração com a Justiça, e se o direito à não auto-incriminação extinguirá todos os deveres de colaboração com a Justiça Penal.

O direito ao silêncio não é um direito exclusivo do arguido, embora lhe seja vulgarmente atribuído. Também as testemunhas se podem abster de responder a perguntas auto-incriminatórias, como refere o artigo 132.º, n.º 2 do CPP, ou a perguntas que possam comprometer determinados familiares, como diz o artigo 134.º, n.º 1 do CPP.

Resta-nos averiguar como reagem as vítimas em relação a este direito, pois como já dissemos não é apenas uma garantia dos arguidos, mas sempre que falamos em direito ao silêncio, logo de seguida vem a palavra arguido. Com o presente trabalho gostaríamos também de perceber como as vítimas lidam com este silêncio por parte dos arguidos e como o

Estado pode interceder na relação entre o arguido e a vítima, para restaurar os danos que esta sofreu.

O Código de Processo Penal de 1987 perante a complexidade do fenómeno criminal, procurou oferecer respostas equilibradas. As vantagens deste modelo organizado numa matriz de concordância prática entre interesses conflitantes, foram ao longo do tempo, ora compreendidas, ora ignoradas por vezes¹. Mais de vinte anos depois da entrada em vigor da nova codificação que o Processo Penal Português reclama soluções simples, justas e equilibradas. Apesar de mais de quinze intervenções que o CPP sofreu, algumas permanecem inalteradas. O direito processual penal de hoje em dia tem como uma das suas características ver o arguido como individuo susceptível de direitos, entre eles a dignidade da pessoa humana que tem vindo paulatinamente a ser conquistado.

O interrogatório do arguido no processo penal tem sofrido alterações no sistema processual de acordo com a mentalidade ideológica, social e cultural do momento histórico. Mas graças à evolução da ciência surgiram novos métodos de investigação, passando o arguido a ser visto não como um objecto da prova, mas como sujeito de direitos. O direito a manter o silêncio passou a ser aceite como garantia da intimidade e, principalmente como corolário do princípio contra a auto-incriminação. O direito ao silêncio pertence a todas as pessoas questionadas, quer seja no momento da sua prisão quer fora desta. O arguido não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem, pode calar-se ou até mentir.

Um Estado que tem como princípio fundamental a justiça é aquele em que se observam e protegem os direitos incluindo os direitos da minoria, é aquele em que há equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais.

A justiça fará assim parte da própria ideia de direito que será concretizada através de princípios jurídicos materiais cujo ponto comum será a afirmação e o respeito à dignidade da pessoa humana, a protecção da liberdade, o desenvolvimento da personalidade e a realização da igualdade.

Um dos propósitos do presente estudo, para além de tudo o que temos vindo a referir, é a partir dos princípios fundamentais do nosso Estado e dos direitos, liberdades e garantias

¹ TERESA BELEZA e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 5.

peçoais analisar a configuração do direito ao silêncio do arguido no interrogatório no Processo Penal Português.

Embora seja importante sabermos a origem da garantia do direito ao silêncio, não faremos uma análise histórica², pois estamos mais preocupados com o que encontramos nos dias de hoje.

Depois, iremos falar da relação do direito ao silêncio com os outros direitos fundamentais consagrados na nossa CRP. Sendo que, determinamos falar sobre certos princípios constitucionais do Processo Penal, aqueles que nos parecem mais importantes para este trabalho porque os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, defendem bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico. Um princípio está sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhes dão equilíbrio e reafirmam a sua importância. São os alicerces na estruturação de um sistema constitucional.

Por fim, iremos analisar a aplicação do direito ao silêncio no momento do interrogatório e quais as consequências da sua violação.

² “A história do direito não é apenas o estudo descritivo das instituições jurídicas do passado. Além de nos descrever as formas dessas instituições, este ramo da história, como geralmente é entendido, visa também fornecer-nos a sua explicação filosófica, isto é, dar-nos a chave do problema da sua origem e da razão espiritual das suas transformações” (CABRAL MONCADA, *Estudos de historia do direito. Acta universitatis conimbrigensis*, vol. I, Coimbra, 1948, p. 83).

Capítulo I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL EM RELAÇÃO À VÍTIMA E AO ARGUIDO

1. Princípio do contraditório

É ao Estado que cumpre zelar pelo respeito das formas procedimentais e princípios processuais, pois são as regras do direito que devem garantir que determinada acção seja ela punível ou não possa ser decidida, respeitando as formalidades da justiça para a descoberta da verdade³.

O juiz tem o dever de ouvir as partes para poder aplicar a lei, tem que dar às partes a possibilidade de apresentarem a sua defesa e as suas provas, para que o seu conhecimento tenha um alcance sobre a verdade.

O estado garante o direito à tutela jurisdicional para todos, tal como se encontra consagrado no artigo 20.º, n.º 1 e nº 4 da nossa CRP, e como defende Jorge Miranda⁴ ao dizer que o princípio da tutela jurisdicional envolve princípios tais como: o princípio do contraditório; o princípio do juiz natural; o princípio da independência dos tribunais e dos juizes, o princípio da fundamentação das decisões que não sejam mero expediente; a obrigatoriedade e a executoriedade das decisões e a sua prevalência sobre quaisquer outras autoridades; o respeito pelo caso julgado e, ainda a adequada protecção do segredo de justiça e a publicidade das audiências dos tribunais. Afirma ainda que são verdadeiros direitos, liberdades e garantias. O direito de acesso ao tribunal para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, ou seja, o direito de acção; o direito ao juiz natural; o direito ao patrocínio judiciário, o direito a um processo equitativo, o direito a uma decisão em prazo razoável; o direito à execução de sentença; e, como direito social, o direito que a justiça não seja denegada por insuficiência de meios económicos.

³ CASTANHEIRA NEVES, *Sumario de processo criminal*, Coimbra, 1968, p. 3-4.

⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, Coimbra, 2000, Tomo IV, p. 259-260.

Sabemos que o titular de uma acção penal, diante da prática de um delito, tem o direito de iniciar com um pedido contra o autor do delito que por sua vez terá o direito a defender-se, contradizendo todas as provas contra ele apresentadas. O contraditório é um dos princípios estruturantes do processo criminal baseado no modelo acusatório.

Segundo Adriana Ristori “a contrariedade possibilita a efectiva realização da dialéctica dentro de um processo. ‘O juiz como imparcial que é, deve proporcionar ao Ministério Público e à defesa idênticas possibilidades para que façam valer as suas razões no processo, promovendo o contraditório’. Há uma relação, pois, do contraditório com a igualdade de armas.”⁵.

No Processo Penal, especialmente durante a audiência de julgamento e actos instrutórios que a lei determinar, o princípio do contraditório é assegurado pela CRP, de tal forma que só as provas produzidas sob esta consideração do contraditório na audiência de julgamento, podem servir de sustentação para uma eventual condenação⁶.

O direito ao contraditório é uma decorrência do princípio da igualdade das partes possuindo um conteúdo multifacetado: ele atribui à parte não só o direito ao conhecimento de que contra ela foi proposta uma acção ou requerida uma providência e, portanto, um direito à audição antes de ser tomada qualquer decisão, mas também um direito a conhecer todas as condutas assumidas pela contraparte e a tomar posição sobre elas, ou seja, um direito de resposta. Efectivamente, o contraditório não pode ser exercido e o direito de resposta não pode ser efectivado se a parte não tiver conhecimento da conduta processual da contraparte. Este direito de resposta tem uma relevância especial. O direito de resposta consiste na faculdade, concedida a qualquer das partes, de responder a um acto processual da contraparte⁷.

O princípio do contraditório significa que o tribunal deve ouvir a acusação e a defesa, e produzir as provas requeridas antes de tomar decisões, como mencionado no artigo 32.º, n.º 5 da CRP, e no que respeita ao processo penal em diversas disposições do CPP, segundo afirma Paulo Pinto de Albuquerque consiste em “qualquer sujeito ou participante processual

⁵ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 65.

⁶ *Idem*, p. 66.

⁷ Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 832/09.4TAOAZ.P1, de 27/10/2010. Acedido em 28/12/2010.

dever ser ouvido sobre as questões em que for interessado ou que o afectem e, designadamente, sobre a produção dos meios de prova”⁸.

Este princípio representa segundo Figueiredo Dias⁹ aquelas “máximas que emergem das múltiplas constelações de normas do ordenamento jurídico-processual penal para constituírem, verdadeiramente, os princípios constitucionais do processo penal respectivo”.

Ou também como realçam Simas Santos e Leal Henriques¹⁰, o princípio do contraditório “confere aos intervenientes processuais, segundo certas regras, a possibilidade de discussão do objecto do processo permitindo a uns que forneçam os motivos ou razões do direito que julgam assistir-lhes e a outros que contestem esses mesmos motivos ou razões”.

Já Henrique Eiras¹¹ considera que o princípio do contraditório não se realize em todas as fases do processo penal. Defende que não funciona na fase inicial da investigação dirigida oficiosamente pelo Ministério Público. Ora porque o interesse público da repressão da criminalidade assim o exige, ou para evitar que o bom nome e reputação do arguido sejam postos em causa com a divulgação de factos de que é apenas suspeito.

Paula Carvalho¹², por sua vez, pensa que a fase de inquérito tem manifestações do princípio do contraditório. Salienta a faculdade que o arguido e o assistente têm de oferecer provas e requerer as diligências que lhe parecerem necessárias, conforme dispõem os artigos 61.º, n.º 1, al. g) e 69.º, n.º 2, al. a) do CPP. Tendo também do direito de estar presente nos actos processuais que directamente lhe dizem respeito e de ser ouvido pelo juiz de instrução sempre que este deva qualquer decisão que pessoalmente o afecte, como diz no artigo 61.º, n.º 1, als. a) e b) do CPP.

Os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal, conforme o art. 32.º, n.º 5 da CRP e o art. 327.º, n.º 2 do CPP¹³. No processo criminal deve ter-se sempre em conta tanto as razões da acusação como as da defesa e conforme o artigo 327.º do CPP, o

⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, 2ª ed., p. 46 e 47.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal I*, Coimbra, 1974, p. 83.

¹⁰ SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, 3ª ed., 2008, p. 92.

¹¹ HENRIQUE EIRAS, *Processo Penal Elementar*, 7ª Ed., Lisboa, Quid Juris, 2008, p. 59.

¹² PAULA MARQUES CARVALHO, *Manual Prático de Processo Penal*, 4ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 18.

¹³ Podemos ainda encontrar no CPP manifestações deste princípio na fase de julgamento, nos artigos 315.º; 321.º, n.º 3; 322.º, n.º 2; 323.º, al. f); 348.º; 358.º, n.º 1; 359.º, n.º 4; 360.º e 361.º.

juiz deve ouvir todos os participantes processuais sempre que tomar qualquer decisão que os afectem pessoalmente¹⁴.

De qualquer forma, devemos ter sempre presentes neste domínio, as finalidades do processo e o princípio da interpretação conforme a Constituição. Neste sentido, o acórdão do STJ de 28-02-2007¹⁵ vai interpretar o princípio do contraditório, assim como a presunção de inocência e o direito ao silêncio.

Os princípios da igualdade de armas e do contraditório aparecem identificados constantemente, mas devemos considerar que o contraditório tem maior alcance do que o princípio de igualdade de armas. O princípio do contraditório impõe que “ toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação mas também as da defesa”¹⁶, originando que “se arme o arguido com um efectivo e consistente

¹⁴ Neste sentido, o Ac. Do STJ, de 16-01-2008, <http://www.dgci.pt>, acedido em 31/01/2011: “O princípio do contraditório, colocado como integrante e central dos direitos do acusado (apreciação contraditória de uma acusação dirigida contra um indivíduo), tem sido interpretado como uma exigência de equidade, no sentido em que ao acusado deve ser proporcionada a oportunidade de expor a sua posição e de apresentar e produzir as provas em condições que lhe não coloquem dificuldades ou desvantagens em relação à acusação”. Considera-se ainda que: “[o] princípio tem, assim, uma vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspectiva processual, significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afecte o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano de igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que os outros sujeitos processuais (a “parte adversa”).

¹⁵ Como diz o acórdão: «O princípio do contraditório, com tradução constitucional no art. 32.º, n.º 5, da CRP, apresenta-se como princípio da audiência, sob o enfoque de que deve ser dada, no processo, oportunidade a todo o participante processual de nele influir, pela sua audição; Enquanto integrante da estrutura do direito a um processo justo e equitativo, apresenta-se como instrumento fundamental de realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas, no sentido de, para aquela se mostrar exercitada, ao sujeito processual assistir o direito de pronúncia e de, ante as provas, em julgamento, delas tomar conhecimento, poder contrariá-las e produzi-las nas mesmas exactas condições que a parte contrária; A presunção de inocência implica o direito ao silêncio. O acusado nada deve provar. Pode acantonar-se num papel de contestação puramente passiva, devendo, no entanto, dispor da faculdade de fornecer contraprovas; Do princípio da presunção de inocência resulta que o acusado se presume inocente até prova em contrário, mostrando-se intimamente ligado aos princípios *in dubio pró reo* e da *nulla poena sine culpa*, este último segundo o qual o juiz não pode pronunciar sentença condenatória sem estar convencido da culpa do agente. A CEDH, ao abordar o princípio, preocupa-se em que os juízes não profiram uma condenação senão com base em provas directas ou indirectas, mas suficientemente fortes aos olhos da lei para estabelecer a culpabilidade do interessado; não respeita nem à natureza nem ao *quantum* da pena; O contributo da linguagem falada para a formação da convicção é, muito mais do que se pensa, assaz limitado, maior preponderância se atribuindo às manifestações exteriores do declarante, aos seus gestos, emoções, reacções, movimentos, tom de voz, etc., pelo que o aproveitamento de um gesto, com um significado culpabilizante, a partir de quem guarda silêncio, importará violação daquele direito; Caso o arguido se disponha a prestar declarações, o seu interrogatório visa esclarecer a verdade (art. 343.º, n.º 1, do CPP) e, sendo esse o objectivo, não se pode excluir a possibilidade de o tribunal apreciar livremente as suas declarações de acordo com as regras da experiência e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica. Se, diversamente, o arguido se relegar a uma postura silenciosa, essas manifestações não podem ser valoradas.» <http://www.dgsi.pt>, acedido em 31/01/2011.

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal I*, Coimbra, 1974, p. 150.

direito de defesa”¹⁷, o que determina que ao arguido seja dada a oportunidade de reagir a “quaisquer decisões, ou de entidades instrutórias (nomeadamente do MP), mas também do juiz, sempre que aquelas atinjam directamente a esfera jurídica das pessoas”¹⁸, pois assim, o arguido terá a possibilidade de influenciar a decisão final.

No princípio do contraditório iremos sempre encontrar uma ideia de contradição entre a acusação e a defesa. O princípio de igualdade de armas tem a ver com as posições e actuações processuais da acusação e da defesa. Mas como a acusação e a defesa são categorias resistentes, não podemos pretender que se devam valer das mesmas armas, pelo contrário, uma vez que as armas que a lei dá à defesa e à acusação são desiguais. Assim sendo, o MP tem o dever de descobrir a verdade; o arguido tem o direito ao silêncio e beneficia da presunção de inocência; o MP investiga e pode actuar no exclusivo interesse do arguido; a defesa tem o direito a agir unilateralmente. Podemos verificar como a igualdade de armas não é uma igualdade lógica. Como afirma José Narciso da Cunha Rodrigues, o princípio da “ igualdade de armas significa, assim, a atribuição à acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efectivos os seus direitos”¹⁹.

A estrutura acusatória do processo penal, não pode reduzir as garantias de defesa do arguido, transformando-o num meio de prova contra a sua vontade, não podendo também desequilibrar a igualdade de armas entre a acusação e a defesa, fazendo do arguido o meio para esse desequilíbrio²⁰.

Verificamos que recai sobre o juiz a obrigação de ouvir as partes, de modo a que possa aplicar a lei, de acordo com o seu convencimento formado sobre a verdade dos factos. Sendo que a garantia do contraditório não pertence apenas às partes, também atinge a actividade jurisdicional, porque contribui para a regularidade do processo, para a imparcialidade do juiz e sobretudo para a justiça das decisões que é muito importante.

Como ensina Teresa Beleza “ muitas normas de processo penal situam-se em algum ponto de equilíbrio, por vezes difícil e sempre delicado, entre as necessidades de investigação

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal I*, Coimbra, 1974, p. 151.

¹⁸ *Idem*, p. 160.

¹⁹ JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, «Sobre o princípio da igualdade de armas», in *RPCC*, Ano I, Janeiro -Março 1991, p. 91.

²⁰ RUI PATRÍCIO, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*, AAFDL, Lisboa, 2004, p. 84.

e repressão de factos geradores de responsabilidade criminal e a exigência de respeitar os direitos das pessoas”²¹.

1.2. A presunção de inocência

Uma das primeiras manifestações do princípio da presunção de inocência foi defendida em 1764 por Beccaria ²² quando disse que “um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a protecção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção lhe foi concedida”, nesta época era indispensável aplicar a tortura para obter uma confissão, e consequentemente, a verdade. A presunção de inocência visava defender o arguido dos tratamentos cruéis e degradantes e da obtenção de confissões à força²³.

Este princípio foi acolhido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, no artigo 9.º, n.º 2 que diz: “sendo todo o homem presumido inocente até ser declarado culpado, se for indispensável prende-lo, deve ser severamente punido pela lei todo o excesso de rigor desnecessário para dispor da sua pessoa”.

Existem outros textos internacionais que incluem o princípio em análise, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1950. A presunção de inocência é mencionada no artigo 6.º, n.º 2 da CEDH: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) declarou no seu artigo 48.º, n.º 1 que “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”. Esta é uma forma de impedir que sejam condenados inocentes, sendo uma regra para a forma de tratamento do arguido durante a persecução penal, pois os seus direitos devem ser respeitados. Segundo Figueiredo Dias, o princípio da

²¹ TERESA BELEZA E OUTROS, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, volume II, Lisboa, Edição da AAFDL, 1992, p. 137.

²² CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 92.

²³ EDUARDO MAIA COSTA, «A presunção de inocência do arguido na fase do inquérito» in *RMP*, ano 23, nº 92, 2002, p. 66 e 70.

presunção de inocência é elevado à categoria dos “princípios fundamentais do processo penal em qualquer estado de direito”²⁴.

De acordo com Germano Marques da Silva, da presunção de inocência resulta também o dever de o Ministério Público apresentar todas as provas de que disponha, quer as favoráveis, quer as desfavoráveis ao arguido. Segundo ele a presunção de inocência “há-de projectar-se no processo penal em geral, na organização e funcionamento dos tribunais, no direito penitenciário e até porventura no direito penal”²⁵.

O princípio da presunção de inocência surge articulado com o princípio *in dubio pro reo*. O princípio *in dubio pro reo* é um dos corolários da presunção de inocência do arguido, que não nos vem esclarecer acerca de quem deve provar o quê no processo penal, mas acerca do modo como o julgador penal deve valorar a prova feita e decidir com base nela.

Este princípio parte da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento e abster-se de optar pela condenação ou pela absolvição, existindo obrigatoriedade de decisão²⁶. Não é exigido que entre o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência do arguido exista uma ligação, mas na verdade, o princípio *in dubio pro reo* pode ser visto como um corolário do mais vasto princípio da presunção de inocência do arguido²⁷, sendo, afinal, o reverso processual do princípio penal da culpa²⁸.

Alguns autores, como Cavaleiro Ferreira²⁹, referem-se a este princípio como equivalente ao princípio da presunção de inocência. Porém não podemos concordar com a sua posição, mas Castanheira Neves, quanto aos princípios em questão tem opinião diferente, pois aponta ao *in dubio pro reu* o objectivo de responder à questão de saber qual a decisão a tomar quando o tribunal, uma vez chegado o momento de se pronunciar, seja em que situação for,

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, «O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória», in *RDES*, 18, 1987, p. 85 e SS.

²⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, «Princípios gerais do processo penal e constituição da república portuguesa», *Direito e justiça vol. III*, 1987 – 1988, p. 165 e SS.

²⁶ Determina o artigo 8º, nº 1 do código civil que: “o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou a obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.” E o artigo 3º, nº 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais que diz: “os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser judicialmente regulado.”

²⁷ Assim ensina CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, volume I, p. 212: “A prova para condenação tem de ser plena, enquanto a dúvida ou incerteza impõe a absolvição. É essa a consequência da presunção de inocência, que a razão material impõe, e a Constituição elevou a princípio constitucional.”

²⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal I*, Coimbra, 1974, p. 217.

²⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal, I*, Lisboa, Editorial Danúbio, Lda., 1986, p. 216 e SS.

não adquira a certeza sobre os factos que constituem a acusação e em relação aos quais não adquira o conhecimento real e efectivo de que o réu é responsável, concluindo que o princípio em causa proíba a condenação penal baseado na dúvida, mas embora seja comum na doutrina, o autor, confirma não ser conveniente a afirmação de que o princípio *in dubio pro reo* só pode entender-se com base na presunção de inocência, acaba por afirmar que o princípio *in dubio pro reo* é o correlato processual de exclusão do ónus da prova em processo penal, sendo certo que essa exclusão decorre do princípio da presunção de inocência do arguido³⁰.

Na estrutura acusatória, o princípio da presunção de inocência é, segundo Maria Fernanda Palma³¹ “ [...] uma regra do jogo de intervenientes em igualdade de circunstâncias a merecer constante aprofundamento”, e nesse âmbito, “ [...] implica que quem acuse demonstre globalmente que tem razão, segundo métodos e critérios aceites por todos, incluindo o próprio acusado”.

Este princípio é visto como regra probatória, como afirma Alexandra Vilela quando acredita que “ [...] a presunção de inocência é muito mais que uma simples regra probatória que determina que a prova da culpabilidade deva ser feita pela acusação. Antes possui ainda, e também, uma profunda ligação com a liberdade individual do arguido, o que se começa a revelar desde o momento em que se inicia o processo até ao momento em que é proferida a decisão final irrecorrível”³².

No decorrer do processo o arguido tem como primeira condição a de inocente, perante qualquer outra pessoa merece ser tratado de igual para igual, tendo o direito de não produzir prova contra si mesmo. Por esse motivo, o mais importante do princípio da presunção de inocência, será em primeiro lugar que a acusação demonstre a culpabilidade do arguido, e que no desenvolvimento dessa tarefa seja exigido a colaboração do arguido para a descoberta da verdade. Como afirma Fernanda Palma, não se pode exigir que o acusado participe da produção da prova. “ A estrutura acusatória do processo penal, consagrada no artigo 32.º, n.º 5 da Constituição, delimita o princípio da presunção de inocência não só como uma atribuição

³⁰ CASTANHEIRA NEVES, *Sumário de processo criminal*, Coimbra, 1967 – 1968, p. 56.

³¹ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342º do código de processo penal (O direito ao silêncio do arguido)», in *RPCC*, ano XV, n. 60, 1994, p. 103.

³² ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra, 2000, p. 87.

do ‘ónus da prova’ ao tribunal, mas também como o direito do arguido a ser sujeito do processo e, por conseguinte, não ter de participar coactivamente na produção da prova”.³³

O princípio da presunção da inocência afirma-se como uma das garantias constitucionais do processo penal, consagrado actualmente no n.º 2 do artigo 32.º da CRP. Na presunção de inocência embora recaiam sobre o arguido suspeitas da prática de um crime, ele será tratado como se fosse inocente até que seja proferida condenação definitiva, não podendo ser diminuído social, moral e fisicamente em confronto com outros cidadãos³⁴. Em regra os cidadãos são inocentes e tal verdade manter-se-á enquanto não seja feita prova em contrário, prova essa que é obtida nas fases de preparação do processo, permitindo a acusação e medidas coercivas e cautelares com vista a que seja proferida uma sentença que represente certeza jurídica.

O princípio de presunção de inocência implica que a participação do arguido seja sempre limitada pelo integral respeito da sua vontade. A posição do arguido há-de ser sempre de livre declaração e participação, não podendo ser penalizado pelo silêncio que eventualmente se reserve, adianta Figueiredo Dias³⁵.

Em qualquer fase do processo o arguido tem o direito de permanecer em silêncio quanto à matéria constante da acusação, e quanto à questão da sua culpa, não podemos dizer que o exercício de tal direito pode reverter contra si, se não também não faria sentido a sua consagração legal. Deste modo é o próprio arguido que decide como e quando tomar a posição que entender no processo, nos termos do artigo 61.º, n.º 1 al. c) do CPP. Como afirma Fernanda Palma, “o processo penal não tem, em geral, condições de assegurar a presunção de inocência, tanto quanto à prática dos factos como quanto à culpa”³⁶.

Existem duas dimensões que devem ser separadas, porque no que diz respeito à prática de factos, existe tendência em controlar a ausência das condições processuais para proteger o arguido de uma pré-condenação, o que se traduz numa falta de meios processuais capazes de evitar o julgamento e impedir a estigmatização do arguido, segundo refere a autora, que

³³ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal (O direito ao silêncio do arguido)», in *RPCC*, ano XV, n.º 60, 1994, p. 109.

³⁴ ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra, 2000, p. 87.

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais do novo código de processo penal», jornadas de direito processual penal», in *CEJ*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 27.

³⁶ MARIA FERNANDA PALMA, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 46.

continua a dizer que “a presunção processual da inocência sem uma base de Direito Penal de culpa suficientemente intensa é um mero roteiro formal que assegura apenas o ónus da prova do poder punitivo quanto à autoria dos factos”³⁷.

Neste mesmo caminho aparece o artigo 140.º que estabelece as regras a observar quando o arguido presta declarações, onde destacamos o facto de aquele ter de se encontrar livre na sua pessoa e ainda o facto de não prestar juramento de forma alguma. Em sede de julgamento consagra-se o direito ao silêncio mais uma vez, nos termos do artigo 343.º, n.º 1 na sua parte final.

O princípio da presunção de inocência assume uma grande relevância no processo penal, pois diz respeito a momentos decisivos em que muito está em causa e se decide, uma vez que diz respeito ao estatuto do arguido. São momentos em que mais do que em qualquer outros do processo penal se coloca a questão do equilíbrio das finalidades do processo penal. E como explica Castanheira Neves, “[...] o direito processual criminal é orientado por duas finalidades principais, por que se especifica a sua intencionalidade, não só jurídico-processual, como ainda ético-jurídica: a) propõem-se uma estrutura processual que permita, eficazmente, tanto averiguar e condenar os culpados criminalmente, como defender e salvaguardar os inocentes de perseguições e condenações injustas. ...; b) o processo criminal deverá orientar-se, por outro lado, pela válida conciliação de dois princípios ético-jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica... e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos...”³⁸.

Se considerarmos que existem no processo penal uma missão jurídica, uma política e uma social, é na fase do julgamento, refere Germano Marques da Silva³⁹, que elas assumem a sua maior importância.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, “ não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do arguido”⁴⁰. Como afirma Rui Patrício, “[...] se é indiscutível que o princípio da presunção de inocência do arguido opera decisivamente sobre a questão da prova...”, também é certo, prossegue, “[...] que esse processo tem outra

³⁷ MARIA FERNANDA PALMA, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 46.

³⁸ CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, 1967-1968, edição policopiada, 1968.

³⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, volume I. Lisboa, São Paulo, Editorial Verbo, 1993, p. 49.

⁴⁰ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 203.

significativa incidência no processo penal, impõe que o arguido seja titular de um estatuto e receba um tratamento e uma consideração próprios de alguém que é considerado inocente”.⁴¹ E como diz Souto de Moura⁴², no curso de um processo penal “ o arguido está mergulhado num estado de dúvida”, no que diz respeito à sua responsabilidade pelos factos, embora o processo se disponha a resolver essa situação de dúvida.

A presunção de inocência em processo penal tem por função impor que a contenção, a suspensão e a negação de direitos do arguido sejam o mais limitadas possível de forma a assegurar que, uma vez que a decisão é alcançada neste sentido da inocência do arguido, aquela contenção, suspensão ou negação que ao longo do processo fazem sofrer o arguido se possam considerar toleráveis, nesta ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana e em princípios de liberdade e democracia.

Como refere Souto de Moura, “[...] a justiça humana é de tal modo precária, que não só faz sofrer as pessoas depois de condenadas, como as faz sofrer para se saber se hão-de ser condenadas. Ora, é em face desta realidade inelutável, mas nem por isso menos lamentável, que o princípio da presunção de inocência ganha nova luz. Até à decisão final, é sempre possível admitir a hipótese de absolvição. E se a absolvição ocorre por força de se ter afirmado a inocência do arguido, este tê-lo-ia sido sempre, antes do processo e durante o processo. Ora, os actos gravosos cometidos durante o processo contra o arguido, que se verificou depois estar inocente, surgirão como inadmissíveis, já que produziram uma lesão de interesses imerecida e irreversível. Lesão sofrida por alguém que em nada contribuiu para criar a situação de que foi vítima. Este pensamento parece ser suficiente para que o tratamento preferível durante o processo seja de inocência e não de culpabilidade”⁴³.

Contudo, existe ainda a questão de celeridade do processo, uma vez que o processo penal quando decorre, restringe, suspende e nega alguns direitos do arguido enquanto cidadão, e por este motivo deverá durar o menos possível, sendo certo que a demora do processo penal, não só poderá trazer restrições ilegítimas dos direitos do arguido, como

⁴¹ RUI PATRÍCIO, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*, AAFDL, Lisboa, 2004, p. 34.

⁴² JOSÉ SOUTO DE MOURA, «A questão da presunção de inocência do arguido», in *RMP*, Ano 11º, n.º 42, p. 35.

⁴³ *Idem*, p. 35-36.

também poderá retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência, conforme o exemplo de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁴.

“Autores há que invocam a presunção de inocência como fundamento do direito ao silêncio”⁴⁵. Visto que a posição processual do arguido é determinada pela presunção de inocência, seria também o fundamento constitucional do *nemo tenetur*, uma vez que quem se presume inocente, não pode ser forçado a auto-incriminar-se. Mas existem algumas críticas quanto a esta posição, pois a presunção de inocência não impede a imposição de deveres de declaração do arguido. Resulta da regra que o arguido se presume inocente até prova em contrário, mas não se pode extrair dessa regra quais os meios permitidos para provar a culpa.

O nosso TC no acórdão 695/95⁴⁶ considerou ter existido violação da presunção de inocência fixado no artigo 32.º, n.º 2 da CRP, embora não demonstra-se ter ambicionado prender o direito ao silêncio neste preceito. Mas a presunção de inocência e o direito ao silêncio estão relacionados, pois segundo o TC têm conteúdo distinto, mas são tutelados constitucionalmente com o mesmo objectivo.

1.3. Direito à integridade pessoal e à intimidade privada

Como corolário do reconhecimento da dignidade humana e como fundamento do estado de direito diz-nos a CRP no seu artigo 25.º, n.º 1 e 2 que temos o direito à integridade pessoal como garantia constitucional, sendo que, é impossível a utilização de provas proibidas, como estabelece o artigo 32.º, n.º 8 da CRP. Este artigo apresenta todo um rol que garante ao arguido que não será ele o objecto de prova, pois seria desrespeitar os seus direitos fundamentais.

Podemos apontar como meios de prova admissíveis a confissão e como diz Francisco de Almeida Garrett “uma vez que a matéria da prova é inseparável do processo justo e leal assente no princípio da dignidade da pessoa humana, consideram-se inadmissíveis os meios de prova que se revelem incompatíveis com o sistema processual vigente, quer invoquem a

⁴⁴ GOMES CANOTILHO, E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, Coimbra, 1993, p. 204.

⁴⁵ VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», parte II, in *RMP* n.º 109, Janeiro - Março 2007, p. 67.

⁴⁶ Acórdão 695/95 de 05-12-1995. [Http://w3.tribunalconstitucional.pt](http://w3.tribunalconstitucional.pt), acedido em 20/02/2011.

ciência ou o sobrenatural, bem como aqueles que forem obtidos através de métodos proibidos de prova e outras graves desconformidades com a ordem jurídica”⁴⁷.

E assim, Mário Ferreira Monte salienta que o artigo 125.º do CPP “nunca poderia ser interpretado no sentido de que em processo penal, para efeitos de provas, o que não for proibido será permitido. Desde logo não poderia ser assim pela própria Constituição”⁴⁸.

O artigo 32.º, n.º 1 da CRP assegura ao arguido “todas as garantias de defesa”, ora logo aqui abrangemos as garantias incluídas no corpo do artigo como também as que não estão, e dentro destas garantias de defesa está incluída a de o arguido ver corrigidas do processo as provas ilegais. Uma das garantias impostas pelo artigo 32.º, n.º 8 da CRP é a ideia de que o processo para obtenção da prova não pode atentar contra os direitos de liberdade, “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. E neste seguimento podemos ainda ver no acórdão 198/2004 do TC⁴⁹, que o n.º 8 do artigo 32.º acaba por “sublinhar e tornar indiscutível esse direito à exclusão, enquanto dimensão específica e indissociável do direito a um processo penal com todas as garantias de defesa. Não teria sentido, estando em causa valores (os elencados no artigo 32.º, n.º 8) a que a Constituição confere tal importância, que a prova que os atingisse e fosse obtida com inobservância das regras que permitem a compreensão desses mesmos valores, produzisse consequências processuais que ficassem aquém da nulidade dessas provas”.

A questão que se coloca, é a do arguido, sujeito processual dotado de direitos e deveres poder ser objecto de investigação tendo por trás o artigo 61.º, n.º 3 alínea d) do CPP. Como afirma Ferreira Monte “o facto de o art. 61.º, n.º 3 alínea d) referir o dever do arguido se sujeitar a diligências de prova ordenadas e efectuadas por entidade competente não significa que o arguido não se possa opor à realização dessas diligências quando forem manifestamente ilegais, v.g., por atentatórias de direitos fundamentais, e de nessa medida recorrer aos meios que a lei lhe confere, nomeadamente o de recurso judicial. O que o art. 61.º, n.º 3 alínea d) prevê é que, pressupondo que o meio de prova seja ilegal, como de resto se alcança dos artigos 125.º e 126.º do CPP, o arguido deve sujeitar-se à diligência”⁵⁰.

⁴⁷ FRANCISCO DE ALMEIDA GARRETT, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Porto, Fronteira do caos Editores Lda., 2007, p. 11.

⁴⁸ MÁRIO FERREIRA MONTE, in *RMP* n.º 108, Outubro - Dezembro de 2006, p. 255.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004 de 24 de Março, Diário da Republica, II serie, de 02 de Junho.

⁵⁰ MÁRIO FERREIRA MONTE, in *RMP* n.º 108, Outubro - Dezembro de 2006, p. 254-255.

O arguido tem o dever de se sujeitar “a diligências de prova...especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”, tendo em consideração as diligências que sejam necessárias para a descoberta da verdade e a realização da justiça e que não sejam proibidas por lei⁵¹.

Esta obrigação do arguido ter que se sujeitar a diligências de prova tem que ser ornamentada com o direito fundamental da não auto-incriminação, pois não pode ser objecto de prova, nem ser obrigado a contribuir para determinar a sua própria culpabilidade. Segundo Costa Andrade, existe uma certa perigosidade em relação à liberdade “ quando o arguido é convertido em meio de prova contra si próprio. Só quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estatal”⁵². Toda a colaboração do arguido para a descoberta da verdade passa pela sua liberdade esclarecida, e como afirma o autor, e deve ser analisada numa dupla vertente: “ pela positiva, ela abre ao arguido o mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa. Implica, noutros termos, que tenha de se garantir ao arguido a oportunidade efectiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusação que lhe são dirigidas. Pela negativa, a liberdade de declaração do arguido ganha a estrutura de um autêntico *Abwehrrecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias”⁵³.

Podemos ter a noção do que representa o termo tortura no artigo nº 1 da convenção da ONU, de 10/12/1984⁵⁴. Sobre este tema Vital Moreira e Gomes Canotilho dizem-nos que a tortura nada mais é do que “ [...] a forma mais agravada de tratamento cruel e desumano”⁵⁵.

⁵¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal I*, Lisboa, Verbo, 1996, p. 280.

⁵² MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 125.

⁵³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 121.

⁵⁴ Adoptada pela Resolução 39/46. Artigo n.º 1:1. Para os fins desta Convenção, o termo "tortura" designa qualquer acto pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um acto que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa actuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas. 2. Este artigo não prejudicará qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa conter disposições de maior alcance.

⁵⁵ VITAL MOREIRA E GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra editora, 1993, p. 177.

No desenvolvimento do processo criminal, na procura de uma confissão, a tortura era a maior crueldade exercida em varias nações e consistiam em infligir sofrimentos físicos tais como, agressões, choques eléctricos, etc., assim como sofrimentos morais, tais como ameaças a familiares ou humilhação racial.

Já Beccaria que era contra estas práticas defendia que “ O interrogatório de um réu é feito para conhecer a verdade, mas se é difícil descobrir esta verdade pelo ar, pelo gesto, pela fisionomia de um homem tranquilo, muito menos se descobrirá num homem no qual as convulsões de dor alteram todos os sinais através dos quais na maior parte dos homens transparece por vezes, mau grado seu, a verdade”⁵⁶.

O direito à reserva da intimidade da vida privada encontra-se reconhecido na CRP no seu artigo 26.º. O respeito à vida privada integra o conjunto dos direitos da personalidade. Conforme Adriana Ristori “ A vida em comum pode exigir limitações ao direito à intimidade, e o indivíduo pode ter sacrificado a sua intimidade em prol do interesse público”⁵⁷.

Mas sabemos que podemos optar pelo silêncio e assim resguardar a esfera íntima acabando por mantê-la inacessível. E por termos esse direito constitucional não podemos ser atacados na nossa intimidade, a não ser por uma razão legítima, uma vez que o silêncio está ligado directamente à intimidade da pessoa que por seu livre critério decide expor-se ou não⁵⁸.

Segundo entende Manuel Meireis um indivíduo pode permitir ou convidar que outras pessoas entrem na sua intimidade, pois concorda que “ Não defendemos a impossibilidade de os conhecimentos do juiz a essa área central de privacidade; ela não é por isso impenetrável; é impenetrável sim, mas apenas contra a vontade do titular do direito. Desta forma, não obsta a que o arguido confesse factos pertencentes a essa mesma esfera de intimidade e que o juiz o valore. Assim, ao nível da primeira esfera, a proibição radical, não é uma proibição de valoração mas um *prius* em relação a este momento: é uma questão de proibição de interferência que nestes casos terá como consequência uma proibição de valoração”⁵⁹.

⁵⁶ CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 96-97.

⁵⁷ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 78.

⁵⁸ *Idem*, p. 78.

⁵⁹ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 226.

O conteúdo essencial do direito ao silêncio é a protecção à integridade física e mental da pessoa humana de forma que toda a limitação imposta por lei, que não comporte a sua violação, é legítima.

1.4. Direito à informação

Em qualquer tipo de processo a que uma pessoa seja submetida e que o resultado final possa ser uma imposição de penalidade, é-lhe mencionado que a partir do artigo 32.º, n.º 1 da CRP tem a garantia de que o princípio da ampla defesa será assegurado no processo criminal. Então o direito ao silêncio abrange não só os interrogatórios formais como também as declarações colhidas informalmente por qualquer entidade, mas segundo Roxin excluem-se as declarações espontâneas, quando diz que “ [...] quando alguém, fora dos casos de interrogatório, admite espontaneamente, perante policiais ou outras autoridades, a prática de um delito, tal declaração pode ser empregada contra ele, ainda que não tenha sido advertido de seus direitos”⁶⁰.

O princípio *nemo tenetur* não possui uma graduação em função das fases do processo ou da forma de intervir das diferentes instâncias formais, portanto o direito ao silêncio deve ser observado tal e qual, tanto pela autoridade policial como pela autoridade judiciária⁶¹. Pois sabemos através do que nos ensina a prática, que é no inquérito policial que a pessoa corre mais riscos de sofrer restrições às suas garantias processuais, talvez pela proximidade com a ocorrência do facto delituoso se sinta mais vulnerável.

Há quem esteja contra a observância do direito ao silêncio nos interrogatórios, pois estaria a ser perdida uma oportunidade para a descoberta da verdade material que pudesse orientar as investigações e diligências. Figueiredo Dias defende que o que se procura é uma verdade processualmente válida, uma vez que a nossa CRP não nos deixa dúvidas em relação à estrutura acusatória do Processo Penal Português. Mas embora se possa crer que poderá haver limitação do direito ao silêncio noutros campos, delimitando-o ao momento processual penal diante da autoridade judiciária, devemos destacar que “ [...] todo atentado à liberdade

⁶⁰ CLAUS ROXIN, *La evolution de la politica criminal, el derecho penal Y el proceso penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 144 *apud* ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 111.

⁶¹ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 112.

dos cidadãos carece de expressa legitimação legal”⁶². Através da protecção dos direitos invioláveis do arguido perde-se na eficiência da investigação com a ampla aplicação do direito ao silêncio em benefício deste interesse superior.

O processo penal moderno⁶³ está marcado por uma ideia garantista, o interrogatório já não passa pela procura da verdade a todo o custo, não podendo exigir ao arguido o dever de verdade e colaboração perante a investigação que o envolve. Existe sim, uma protecção da livre autodeterminação do arguido, para que ele possa optar pelo silêncio ou a produção de declarações, sejam ou não auto-incriminatórias, porque “[...] toda a colaboração activa do arguido para a descoberta da verdade há-de passar pela sua liberdade esclarecida”⁶⁴.

Então, antes do início do interrogatório, o arguido terá de ser informado de que possui o direito de responder ou não às questões que lhe sejam formuladas, e esta advertência deve repetir-se sempre em todos os interrogatórios que venha a ser submetido. É necessário que o arguido perceba que pelo facto de ter prestado declarações num primeiro momento, pode optar pelo silêncio num momento posterior, e enquanto se lhe dá esta indicação a autoridade interrogante não deve assumir uma atitude intimidativa, pois a explicação sobre o direito ao silêncio deve ser “[...] seca, sucinta, sem perder a inteligibilidade”⁶⁵.

Depois de obter os dados de identificação do arguido é que lhe será dada a informação acerca do direito de não responder a perguntas, o que em nosso entender não é suficiente para a tutela do direito ao silêncio, uma vez que os dados de identificação do arguido podem ser elementos auto-incriminatórios, porque ao recolher tais elementos sob a advertência⁶⁶ de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas poderão ocasionar responsabilidade penal, seria como extrair do arguido, à força, provas contra si mesmo, o que

⁶² MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 130.

⁶³ Portugal teve o seu primeiro Código de Processo Penal em 1929, aprovado e publicado pelo decreto n.º 16489 de 15 de Fevereiro.

⁶⁴ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 87.

⁶⁵ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 145.

⁶⁶ Conforme o artigo 141.º, n.º 3 do CPP: “O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, se já esteve alguma vez preso, quando e porquê e se foi ou não condenado e por que crimes, sendo-lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal”. Assim como o art. 342º, n.º 1 e 2 que possui o mesmo teor: “1 - O presidente começa por perguntar ao arguido pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência, sobre a existência de processos pendentes e, se necessário, pede-lhe a exibição de documento oficial bastante de identificação. 2 - O presidente adverte o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas ou a falsidade da mesma o pode fazer incorrer em responsabilidade penal”.

é proibido pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Não é muito correcta a argumentação de que a recolha de tais dados é essencial para a formação da relação jurídico-processual, e que desta forma o interrogatório de identificação não seria abrangido pelo direito ao silêncio.

Temos que concordar que a identificação completa do arguido é muito importante, pois vai permitir ao tribunal examinar a sua personalidade para poder aplicar a pena, embora seja preferível prescindir deste aspecto do que ferir um direito constitucional, ao limitar a sua liberdade de autodeterminação, ao obrigar a fornecer elementos que o possam auto-incriminar. O direito ao silêncio é um dos direitos processuais autónomos em que se desenvolvem as garantias constitucionais de defesa com assento no artigo 32.º, n.º 1 da CRP, como afirma o TC.

1.5. Direito de defesa

Com a evolução do processo penal para o sistema acusatório reconheceu-se ao arguido o direito à defesa, deixando apenas de ser um objecto de investigações. A CRP outorga a todos a plenitude de defesa no seu artigo 32.º, n.º 1.

O nosso processo penal dá ao arguido a função de sujeito do processo num duplo ponto de vista que corresponde à dupla referência que lhe é feita no texto constitucional: por um lado com direito de defesa (art. 32.º, n.º 1) e simultaneamente com uma presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (art. 32.º, n.º 2). Assim o direito de defesa constitui uma categoria na qual devem ser imputados todos os direitos que o indivíduo dispõe de determinar ou conformar a decisão final do processo. Esses direitos aparecem desde logo a partir do momento da sua constituição como arguido, e devem exercer-se durante o inquérito, e na fase do julgamento. Ao encontro do que acabamos de dizer, encontram-se previstas no artigo 343.º do CPP, as mais importantes garantias de defesa do arguido⁶⁷.

Como refere Catarina Veiga, “ ao prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados o arguido reveste as características de meio de prova (em sentido material) e a sua

⁶⁷ CATARINA VEIGA, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 42.

correcta produção e valoração apresenta indiscutível importância mas, também, alguma dificuldade: importância derivada de especial situação que o arguido ocupa relativamente ao “*thema decidendum*” aliada ao relevante contributo que os interrogatórios podem constituir para se alcançar a verdade material; dificuldade face à dupla característica de meio de prova e meio de defesa que se revestem os interrogatórios do arguido com o consequente “direito ao silêncio” e o direito de, querendo prestar declarações, lhe não ser exigível dizer a verdade sobre os factos que lhe são imputados”⁶⁸. E é nesse momento do inquérito que o arguido tem que ser prevenido do seu direito de não prestar declarações, e se prestar declarações não tem de dizer a verdade, neste sentido adverte o artigo 141.º, n.º 4 do CPP. O arguido pode negar a prestação de declarações, responder sim ou não às questões colocadas, sem que seja obrigado a dizer a verdade.

Assim, poderíamos dizer que o arguido é transformado em objecto do processo? Realmente, o “exercício da defesa implica uma relação de diálogo no tribunal que se deteriora na medida em que a posição do arguido for retirada a qualidade de sujeito, sobrecarregando-a com deveres de obediência e colaboração próprios de uma fase de investigação”⁶⁹. E como continua a dizer Fernanda Palma, o “respeito mínimo pelas garantias de defesa implicará que, nos termos do artigo 343.º, n.º 1 o arguido ou não preste declarações ou preste declarações relativas ao objecto do processo em qualquer momento da audiência de julgamento, nomeadamente no momento em que, segundo a estratégia de defesa, menos o prejudique”⁷⁰.

O direito ao silêncio do arguido do artigo 343.º do CPP, abrange apenas o interrogatório substancial sobre o mérito da acusação: a factualidade integradora da acusação e declarações sobre elas já prestadas, segundo Catarina Veiga⁷¹. Neste sentido, são asseguradas ao arguido no processo as suas garantias de defesa, porque ao ter a possibilidade jurídica de não ter nada a declarar faz com que ao arguido seja reconhecido um direito fundamental, sendo que não declara nada contra si, e não se confessa culpado. O arguido não pode ser induzido a contribuir para a sua condenação ou dar meios de prova contra a sua defesa, porque não incide um dever de colaboração ou mesmo um dever de verdade sobre o arguido.

⁶⁸ CATARINA VEIGA, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 43.

⁶⁹ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido», in *RMP*, Lisboa, nº 60, 1994, p. 107.

⁷⁰ *Idem*, p. 107.

⁷¹ CATARINA VEIGA, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 44.

É na liberdade de declaração que se vê o estatuto do arguido como sujeito processual, pois “só se pode falar de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo quando o arguido persiste, por força da sua liberdade e responsabilidade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se”⁷².

Quando o arguido sente a segurança de que a liberdade é intocável, sabe que lhe é reconhecido um direito ao silêncio completo no processo penal. Como diz Catarina Veiga, “enquanto emanção normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, este princípio ou direito de defesa não comporta descontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das sucessivas instâncias formais”⁷³. Mas por vezes quando o arguido não colabora no processo em que é interveniente, o julgador retira dessa atitude um indicador negativo, pois não contribui para a descoberta da verdade. O direito ao silêncio não pode ser valorado como indício ou presunção de culpa.

O interrogatório é o grande momento do exercício da defesa pessoal, visto que é a oportunidade que o arguido tem de emitir a sua versão dos factos. Assim se insere o direito ao silêncio nesta defesa pessoal, uma vez que é garantida ao arguido a liberdade para decidir se vai colaborar ou não no interrogatório. Explica Adriana Ristori que o silêncio pode materializar-se numa estratégia defensiva⁷⁴.

A evolução de um estado absolutista para um estado liberal e a transição de um processo de carácter inquisitório para um acusatório trouxeram uma perspectiva diferente do arguido, que o transformou de objecto de investigação em sujeito processual munido de direitos próprios de defesa.

Sobre o fundamento do direito ao silêncio o acórdão 695/95 do TC⁷⁵ declarou inconstitucional o antigo n.º 2 do artigo 342.º do CPP⁷⁶. O TC afirma que se exige que o

⁷² MANUEL DA COSTA ANDRADE, «O novo código de processo penal, Jornadas de direito processual penal» in *CEJ*, Coimbra, 1995, p. 122.

⁷³ CATARINA VEIGA, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 45.

⁷⁴ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 69.

⁷⁵ Acórdão do TC de 05-12-1995. [Http://w3.tribunalconstitucional.pt](http://w3.tribunalconstitucional.pt), acedido em 20/02/2011.

⁷⁶ Artigo 342.º CPP: 1. O presidente começa por perguntar ao arguido por seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência e, se necessário, pede-lhe a exibição de documento oficial bastante de identificação. 2. Em seguida, o presidente pergunta ao arguido pelos

tratamento do arguido como sujeito do processo seja uma das garantias constitucionais de defesa no processo penal, e para isto é dado ao arguido o direito de defesa através do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, ao dispor que “O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”, garantindo a todos a plenitude de defesa. Sendo este um direito que se desenvolve, acabando por lhe dar o direito de ser ouvido, e de prestar declarações por sua iniciativa. O TC decidiu enfim julgar o n.º 2 do artigo 342.º do CPP inconstitucional, por entender “ [...] que a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formulada no início da audiência de julgamento viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”. Logo podemos considerar que o TC tem como objectivo a protecção do arguido como sujeito do processo, sendo que o direito ao silêncio é uma parte das garantias de defesa asseguradas no artigo 32.º, n.º 1 da CRP. Atestam Gomes Canotilho e Vital Moreira que a expressão “[...] todas as garantias de defesa” engloba indubitavelmente todos os direitos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação” e tal qual “[...] preceito pode ser fonte autónoma de garantias de defesa”⁷⁷.

Nestes direitos de defesa destacamos a defesa pessoal que pode ser exercida ou não pelo acusado uma vez que lhe é disponível e configura um direito de liberdade, podendo participar no processo enquanto sujeito activo de direitos.

Esta posição tem vindo a ser sucessivamente reiterada pelo TC, como é patente nos acórdãos números 155/2007, 181/2005 e 304/2004⁷⁸, sendo que a jurisprudência constitucional mais recente faz referência e uso das posições defendidas pelo TEDH. Fernanda Palma⁷⁹ ao analisar o artigo supracitado também conclui que existe uma violação das garantias de defesa, principalmente do direito ao silêncio (artigo 343.º, n.º 1 CPP), visto que aquele artigo impunha ao arguido a prestação de depoimento sobre o objecto do processo. Num processo com estrutura acusatória o arguido será sempre sujeito e nunca objecto. No

seus antecedentes criminais e por qualquer outro processo penal que contra ele nesse momento corra, lendo-lhe ou fazendo com que lhe seja lido, se necessário, o certificado de registo criminal. 3. O presidente adverte o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas ou a falsidade da mesma pode fazer incorrer em responsabilidade penal.

⁷⁷ VITAL MOREIRA E GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra editora, 1993, p. 202.

⁷⁸ [Http://w3.tribunalconstitucional.pt](http://w3.tribunalconstitucional.pt), acedido em 10/01/2011.

⁷⁹ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido», in *RMP*, Lisboa, n.º 60, 1994, p. 109.

momento em que se recusa essa qualidade ao arguido, nega-se-lhe “[...] o direito de não colaborar, de mentir ou de se calar [...]”⁸⁰.

Pensamos que com a revogação daquele normativo o arguido deixou de ter o dever de dar a conhecer o seu passado criminal, como lhe era imposto, o que a nosso ver era uma obrigação que não lhe devia ser imposta. Embora se mantenha a violação das garantias de defesa do arguido, porque apesar de não ser declarado o seu passado criminal oralmente pelo próprio no início da audiência, o julgador através do registo criminal que se encontra junto aos autos vem a saber. Apesar de ter sido eliminada esta obrigatoriedade de o arguido ter de declarar os seus antecedentes criminais, acabou por não resolver o preciso problema da violação das garantias de defesa que o legislador se propôs alcançar⁸¹.

Sendo assim, apesar da abolição daquele preceito continua a verificar-se a existência do registo criminal do arguido nos autos e, o seu conhecimento, pelo juiz, antes da audiência de discussão e julgamento para apuramento dos factos que o arguido vem a ser acusado, logo, mesmo que não sejam perguntados ao arguido oralmente os seus antecedentes criminais, o seu conhecimento continua a ser feito, numa altura que lhe pode ser muito desfavorável, pelo que essas informações podem influenciar o juízo do julgador sobre os factos imputados ao arguido.

Contudo, devemos salientar o aspecto humilhante que para o arguido originava a declaração oral obrigatória dos seus antecedentes criminais a que hoje em dia já não se assiste. Embora Catarina Veiga afirme que “ o passado criminal do arguido é na mesma publicitado e conhecido e o estigma violador das garantias de defesa do arguido continua presente”⁸².

Em nosso entender, o que não faz sentido é o facto do julgador ter conhecimento de todos os antecedentes criminais do arguido, que constam do registo criminal, numa fase anterior à prova da materialidade dos factos de que o arguido é acusado, uma vez que se encontram junto aos autos os documentos referentes aos seus antecedentes criminais. Embora

⁸⁰ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido», in *RMP*, Lisboa, n.º 60, 1994, p. 103.

⁸¹ CATARINA VEIGA, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 50.

⁸² *Idem*, p. 51.

Fernanda Palma⁸³ manifeste que o motivo da eliminação do n.º 2 do artigo 342.º do CPP se baseava no facto de o tribunal ter à sua disposição meios institucionais para obter do passado criminal do arguido, não sendo necessário o arguido declará-los publicamente.

Ora, no nosso ponto de vista, o problema é esse poder que o tribunal e o juiz dispõem de conhecer antecipadamente, todo o passado criminal dos arguidos através do registo criminal. Este conhecimento do certificado do registo criminal pode moldar o juízo do julgador, podendo ter influência na formação da sua convicção no momento da audiência. Aqui o que se desaprova não é a maneira de como se conhece o passado criminal do arguido, mas sim o facto de esse conhecimento ser feito pelo tribunal e juiz de julgamento, num momento desfavorável à plena salvaguarda das características de defesa do arguido. “O problema reside no facto de estarem sempre juntos aos autos os documentos oficiais relativos ao passado criminal do arguido que o juiz de julgamento conhece, independentemente de, no momento em que se julga o facto criminoso, o julgador não ter necessidade de conhecer *todas* essas informações que são susceptíveis de criar pré-juízos na avaliação do facto criminógeno”, como explica Catarina Veiga⁸⁴.

Então, podemos concluir que o que foi alterado foi a não publicização em audiência dessa informação, uma vez que o juiz continuou a ter esse conhecimento, mas em ‘silêncio’, porque deixou de ser feito oralmente pelo arguido. Pois podemos verificar que a norma que foi eliminada porque violava as garantias de defesa do arguido, tem continuidade, sendo satisfeita de outro modo, porque acaba por ser igualmente violadora das garantias de defesa do arguido, atendendo ao momento em que o conhecimento do registo criminal é feito pelo juiz. Efectivamente, pensamos que o juiz só deve conhecer o registo criminal depois da realização da audiência de discussão e julgamento, pois só nessa fase se deve considerar todos os antecedentes do arguido para entrarem na linha de conta as necessárias considerações para determinar a medida concreta da pena⁸⁵.

Em relação ao artigo 343.º do CPP, o silêncio em si, não pode desfavorecer o arguido, da mesma maneira que não o pode beneficiar, sendo que como não constitui objecto de prova no sentido jurídico do termo, o silêncio nem sequer pode ser objecto de valoração. Mas o

⁸³ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido», in *RMP*, Lisboa, n.º 60, 1994, p. 110.

⁸⁴ CATARINA VEIGA, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 53.

⁸⁵ *Idem*, p. 53-54.

interrogatório deve ser valorado pelo juiz, tendo o arguido optado pela confissão dos factos ou negação dos factos ou silêncio dos mesmos. O arguido continua a ter um papel essencial como meio de prova, pois o seu comportamento ao longo do processo irá ter um grande peso na formação e convicção do juiz. Na opinião de Francisco Garrett, “o silêncio não só espelha arrependimento como gera quase sempre no subconsciente do juiz uma presunção da existência de culpa”⁸⁶. Pensamos que é desta opinião porque normalmente qualquer pessoa irá pensar que a reacção de uma pessoa inocente é protestar e impor a sua palavra e não o contrário, calar-se.

Creemos que, desta forma, rumamos em direcção a um Direito que, em cumprimento com o estabelecido como preocupação fundamental do legislador constitucional no artigo 32.º, n.º 1 da CRP, assegure realmente ao arguido “todas as garantias de defesa”, de acordo com os princípios e valores de um Estado de Direito, para salvaguardar a inviolabilidade da dignidade e da liberdade humana, valores invioláveis e supremos da lei fundamental.

⁸⁶ FRANCISCO DE ALMEIDA GARRETT, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Porto, Fronteira do caos Editores Lda., 2007, p. 37.

Capítulo II

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO SILÊNCIO

2. Conceito

A etimologia da palavra silêncio é dupla: deriva do termo latino *silentium*, que significa interrupção de ruído, a abstenção do acto de falar, o estado de uma pessoa que se cala, e de outro termo latino *sileo, es, ere, ni*, exprimindo a situação daquele que não revela o seu pensamento⁸⁷. Mas aqui não nos interessa apenas o não falar como se fosse sinónimo da palavra silêncio. O silêncio não poderia existir num mundo sem linguagem pois é a linguagem que faz as coisas advirem axiologicamente, é na linguagem que o ser habita⁸⁸.

Desde as primeiras civilizações, o silêncio é um importante elemento cultural, imposto drasticamente para salvaguardar seus segredos. Constitui-se uma excepção, o antigo Egipto, onde existia um "Deus" do silêncio. Entre os sacerdotes egípcios, os iniciados assumiam um estado de silêncio total, a fim de se manterem os segredos e incitá-los à meditação, regra que seria adoptada por todas as sociedades posteriormente. Os Essénios tinham como principais símbolos um triângulo contendo uma orelha e outro contendo um olho, significando que a tudo viam e ouviam, mas não podiam falar, por não terem boca. Dentre os mistérios gregos, encontramos o de Orfeu, que com a magia de seu canto e de sua música executada numa lira, silenciava a natureza e a tudo magnetizava⁸⁹.

A Lei do silêncio nada mais é do que um constante exercício do pensamento. Calar não consiste somente em nada dizer, mas também em deixar de fazer qualquer reflexão dentro de si, quando se escuta alguém falar. Pois como revela Adriana Ristori “ O silêncio do interrogado perante o seu interlocutor deve estabelecer ausência da manifestação psicológica de qualquer ordem”⁹⁰.

⁸⁷ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 96.

⁸⁸ TITO CARDOSO E CUNHA, *Silêncio e Comunicação Ensaio Sobre uma Retórica do Não-Dito*, Lisboa, Livros Horizonte, 2005, p. 14.

⁸⁹ <http://www.memphismisraim.pt>, acedido em 7 de Janeiro de 2011.

⁹⁰ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 96.

Como demonstra Altavilla “ [...] o silêncio é uma atitude rara” e “ [...] não se pode, simplesmente, ver nesse comportamento, sem mais nada, uma presunção de culpabilidade”⁹¹. O silêncio estratégico deriva de um acto de decisão intencional por parte do enunciador, ou seja, o silêncio para ser estratégico tem de ser intencional⁹².

Uma vez que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, mas também ninguém é obrigado a produzir prova ou a praticar actos lesivos à sua própria defesa, como diz Costa Andrade “[...] o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação...”⁹³. Segundo Tito Cardoso e Cunha o silêncio hoje constrói-se, procura-se, resulta de uma activa vontade ou não existe⁹⁴.

Existem várias expressões com sentido igual, guardar silêncio, permanecer calado, *nemo tenetur se ipsum accusare*, e outros mais, assim como o sistema de *commow law* que assinalou este direito na expressão *privilege against self-incrimination*. O princípio da não auto-incriminação tem sido previsto em vários diplomas internacionais⁹⁵, embora não se encontre plasmado na nossa Constituição é do entendimento comum da doutrina e da jurisprudência Portuguesa que este princípio é um princípio constitucional não escrito.

Mas será que o direito ao silêncio é o direito de não falar ou o direito de não declarar? Se considerarmos que o direito ao silêncio também é um direito de não declarar, vai implicar o direito de não declarar por sinais, filmes, escrita ou gestos porque são atitudes que integram a defesa do arguido. A liberdade de declaração só começa a ser reconhecida depois da Magna Charta em 1215 e todas as reformas seguintes, com vista a instaurar uma estrutura processual acusatória. Em 1791 na constituição norte-americana a 5.^a emenda⁹⁶ consagrou expressamente esses direitos.

⁹¹ ENRICO ALTAVILLA, *Psicologia judiciária*, Coimbra: Almedina, 2003, v. II, p. 26.

⁹² TITO CARDOSO E CUNHA, *Silêncio e Comunicação Ensaio Sobre uma Retórica do Não-Dito*, Lisboa, Livros Horizonte, 2005, p. 65.

⁹³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 121.

⁹⁴ TITO CARDOSO E CUNHA, *Silêncio e Comunicação Ensaio Sobre uma Retórica do Não-Dito*, Lisboa, Livros Horizonte, 2005, p. 16.

⁹⁵ Como o PIDCP, de 16 de Dezembro de 1966 no seu art. 14.º, n.º 3, alínea g): “ Toda a pessoa acusada de um delito terá o direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. E também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 22 de Novembro de 1969 no art. 8.º, n.º 2, alínea g): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

⁹⁶ “*In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled in any criminal case to be a witness against himself, or to confess guilt*”.

2.1. Natureza jurídica

Como já mencionamos ninguém pode ser obrigado a declara-se culpado, ninguém é obrigado a confessar o crime que praticou, o *ius tacere* é um direito constitucionalmente protegido, é um direito que protege qualquer pessoa que venha a ser acusada de um crime, assegurando que não seja obrigada a falar contra si mesma. É um direito fundamental dos cidadãos⁹⁷. O silêncio não pode ser valorado, pelo que não pode ser interpretado como manifestação de culpa, tendo em conta o princípio constitucional da presunção de inocência que consta no art. 32.º, n.º 1 da CRP.

O *ius tacere* ajuda a proteger o acusado dos abusos que o Estado possa vir a cometer quando procura a verdade. Mas Costa Andrade aponta como matriz jurídico-constitucional do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais, como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência⁹⁸.

O artigo 26.º, n.º 1 da CRP, que reconhece a todos o direito à reserva da intimidade privada é um dos direitos que harmonizam a personalidade. O direito à palavra no mesmo artigo é um dos atributos da personalidade, o qual garante a todos a possibilidade de manifestação com liberdade. Uma das decorrências do direito ao silêncio é o direito do arguido modificar livremente a versão dos factos sobre os quais tenha entendido prestar declarações, sem que isso comporte a sua responsabilidade jurídico-penal⁹⁹.

Cavaleiro Ferreira ensina que “ a declaração é um acto moral da personalidade, como tal pressupõe liberdade”¹⁰⁰. Logo se é garantida a liberdade de expressão, não podemos concluir que a manifestação pelo silêncio é um direito constitucional, por ser a expressão da garantia de liberdade de expressão derivada da personalidade humana. Em relação ao direito processual o direito ao silêncio relaciona-se com o princípio do contraditório e da presunção de inocência.

⁹⁷ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 99.

⁹⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 125.

⁹⁹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português II*, Porto, 1997, p. 258.

¹⁰⁰ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, 1955, vol. II, p. 319.

2.2. Fundamento jurídico: direitos, liberdades e garantias pessoais

O artigo 1.º da nossa CRP está baseado na dignidade da pessoa humana, e este é o princípio que apoia todos os direitos fundamentais. O princípio da dignidade humana exprime o reconhecimento de um conjunto de direitos alienáveis e irrevogáveis que o estado tem que respeitar, pois são muito anteriores ao próprio Estado, e que surgem da própria dignidade do homem enquanto pessoa¹⁰¹.

Como afirma Canotilho “ A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado”¹⁰². Segundo a sua teoria apercebemo-nos que existe uma dupla perspectiva na defesa dos direitos dos cidadãos no que diz respeito a direitos fundamentais, porque por um lado “ constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”, por outro “ implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) ”¹⁰³.

Na perspectiva de Souto Moura¹⁰⁴, os direitos humanos diferenciam-se dos direitos do homem, pelo que os direitos do homem são aqueles que pertencem ao respectivo titular, por simplesmente ser homem, não tendo este que estar envolvido numa relação jurídica “ [...] os direitos do homem são a consequência necessária de por um indivíduo ter nascido se tornar pessoa”¹⁰⁵.

¹⁰¹ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 81.

¹⁰² GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 407-408.

¹⁰³ *Idem*, p. 407-408.

¹⁰⁴ JOSÉ SOUTO DE MOURA, «Direito e processo penal actuais e consagração dos Direitos do Homem» in *RPCC*, Ano I, n.º 4, 1991, p. 568-569.

¹⁰⁵ Como afirmaria LA PALISSE: “todos os homens que existem nasceram como tais. Daí que não haja homem algum a quem possam ser denegados os direitos do homem [...]. O homem subjacente à actual concepção dos direitos do homem auto-atribui-se uma especial dignidade, que o configura como sujeito autónomo e moralmente responsável [...]. A dignidade humana é o corolário de que “o natural” no homem é ser racional. Por isso é que ele luta pela sua progressiva libertação individual e colectiva, em termos inacessíveis às outras criaturas. Acresce que o homem não é puro espírito, daí a sua vulnerabilidade e fragilidade, o que reclama ao mesmo tempo uma ideia de tolerância”. (JOSÉ SOUTO DE MOURA, «Direito e processo penal actuais e consagração dos Direitos do Homem», in *RPCC*, Ano I, n.º 4, 1991, p. 568-569).

Os direitos humanos seriam os “ [...] direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos” enquanto os direitos fundamentais são os “ [...] direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”¹⁰⁶.

Existem várias teorias sobre a concepção dos direitos fundamentais, o Estado Português entende que os direitos fundamentais podem ser regulados e restringidos por meio de lei¹⁰⁷, sendo aqueles positivados pelo legislador em um determinado sistema jurídico¹⁰⁸.

O artigo 18.º, n.º 2 da CRP assinala que as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Claro está que cada comunidade jurídica, de acordo com os seus interesses criará e ajustará nos seus ordenamentos os direitos do homem¹⁰⁹. A preocupação em garantir que a todo o arguido deve ser respeitada a preservação dos direitos de defesa encontra-se bem marcada no texto da Constituição Europeia no seu artigo II – 108.º, n.º 2¹¹⁰. Segundo José Alberto Revilla González uma das formas de defesa do processo penal é sem dúvida o silêncio¹¹¹.

Mas a nossa dúvida é se o direito ao silêncio é uma garantia ou é um direito? É uma garantia porque dá ao arguido liberdade de autodeterminação, dando-lhe a escolha de se calar ou de colaborar com o Estado. É um direito pois encontra-se reconhecido pelo artigo 32.º, n.º 1 da CRP. Segundo Gomes Canotilho “ [...] as clássicas garantias são também direitos”¹¹². Mas para reforçar estes conceitos Jorge Miranda¹¹³ esclarece que “ Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens, os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as

¹⁰⁶ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 397.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 247.

¹⁰⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, Coimbra, 2000, tomo IV, p. 359.

¹⁰⁹ JOSÉ SOUTO DE MOURA, «Direito e processo penal actuais e consagração dos Direitos do Homem», in *RPCC*, Ano I, n.º, 4, 1991, p. 570.

¹¹⁰ Artigo II-108.º - Presunção de inocência e direitos de defesa: n.º 2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

¹¹¹ JOSÉ ALBERTO REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatório del imputado*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 35.

¹¹² GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 396.

¹¹³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, Coimbra, 2000, Tomo IV, p. 95.

garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.

Uma vez que não há direito absoluto as garantias de defesa tem que ser aplicadas e interpretadas correctamente, principalmente se existirem outros direitos fundamentais em oposição.

Segundo Fernanda Palma¹¹⁴ as garantias de defesa do arguido, asseguradas pelo n.º 1 do artigo 32.º da CRP, abrangem os direitos de declaração e de silêncio.

O Estado não deve de produzir leis que sejam infraconstitucionais e violem a dignidade humana, visto que os princípios se dirigem não só aos cidadãos mas também ao Estado. O valor da Dignidade Humana é o princípio que fundamenta a República soberana Portuguesa e do qual decorrem todos os demais direitos fundamentais. A Constituição da República Portuguesa consagra expressamente a inviolabilidade da vida humana, encabeçando os direitos, liberdades e garantias pessoais no artigo 24.º e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República soberana no artigo 1.º¹¹⁵. Assim quando o Estado se assume como titular do *ius puniendi* e traça normas para definir a autoria de um crime praticado, a fim de estabelecer a paz social, não pode agir de forma a violar a dignidade humana.

No entanto o arguido ao ver que o Estado pretende impedir-lhe a liberdade, tem opção pelo silêncio, no momento do interrogatório pode escolher de forma livre e consciente. “Colaborar ou não com o fim do processo penal é um acto que não pode ser restringido, limitado ou imposto pelo poder público...diferentemente, pode ser estimulado e premiado como já em várias legislações por todo o mundo”¹¹⁶.

Então podemos afirmar que embora seja difícil criar um só conceito de dignidade humana, nela está o fundamento para a garantia de defesa do arguido no processo penal e também a garantia do direito ao silêncio. O art. 343.º do CPP reconhece que o arguido tem o direito de permanecer calado, mas não é só no momento da audiência de julgamento. “ O processo penal português consagra um direito ao silêncio do arguido, permitindo-lhe que não

¹¹⁴ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido», in *RMP*, Lisboa, n.º 60, 1994, p. 109.

¹¹⁵ VITAL MOREIRA E GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I*, Coimbra Editora, 2007.

¹¹⁶ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 90.

responda a perguntas tendentes ao apuramento da sua responsabilidade – em qualquer fase do processo (artigo 61.º, n.º 1, alínea c) do CPP), incluindo a audiência de julgamento (artigo 343.º, n.º 1, do CPP) – assegurando que não será desfavorecido pelo exercício de tal direito”¹¹⁷.

2.3. O direito à não auto-incriminação

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* teve origem no século XVII no Reino Unido como forma de se oporem as práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos, onde regularmente inquiriam as pessoas sobre práticas religiosas ou crenças, tendo que responder com honestidade ou seriam punidos severamente.

Em 1637 John Lilburn recusou-se a responder ao tribunal e consequentemente foi punido. Este caso deu origem a vários protestos, até que em 1641 o Parlamento Inglês resolveu abolir o uso do juramento *ex officio* pelos tribunais e estabeleceu o princípio contra a auto-incriminação.

Em 1791 este princípio foi recebido na *Bill of rights* dos EUA. Este princípio era tido enquanto direito contra uma auto-incriminação induzida pelo estado, tendo aplicação antes de haver acusação ou audiência de julgamento. Este mecanismo visava talvez proteger a estrutura acusatória do procedimento criminal¹¹⁸.

Posteriormente, no século XIX o caso *Miranda v. Arizona* trouxe inovações como a extensão da aplicação da quinta emenda não só na fase do julgamento, mas também aos interrogatórios policiais antes do julgamento. Antes deste caso a quinta emenda evitava a valoração do facto de o acusado não depor em audiência, no caso *Miranda v. Arizona* alargou-se a aplicação da quinta emenda aos interrogatórios antes da audiência de julgamento, para garantir durante todo o processo de inquirição, o direito do indivíduo escolher entre manter-se em silêncio ou falar. Outra inovação foi a exigência da leitura dos *Miranda rights*¹¹⁹.

¹¹⁷ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido», in *RMP*, Lisboa, n.º 60, 1994, p. 101.

¹¹⁸ TERESA BELEZA e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 100-101.

¹¹⁹ O que implica comunicar ao visado que tem o direito ao silêncio, tem direito a um defensor, e a advertência de que qualquer declaração que faça pode ser usada contra o mesmo (*right to remain silent, right to an attorney, any statement that the defendant makes may be used against him*).

O princípio *nemo tenetur* estabelece que ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade. Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade¹²⁰ este princípio tem dois vectores: o direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação. Em relação à consagração do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* no sistema Português, há unanimidade da doutrina¹²¹ e jurisprudência constitucional¹²².

Outra questão é qual a extensão deste princípio¹²³. Existem certas dificuldades quanto à definição do seu alcance, o que nos leva a uma discussão entre duas correntes. Substantivista e processualista. Na corrente substantivista o fundamento estava enraizado nalguns direitos fundamentais, artigos 1.º, 25.º e 26.º da CRP. Na corrente processualista no direito ao silêncio e à não auto-incriminação este princípio deriva das garantias processuais do arguido, consagrados nos artigos 20.º, n.º 4; 32.º, n.º 2 e n.º 8 da CRP.

A nossa doutrina defende a corrente processualista¹²⁴, mas também aceita que o princípio *nemo tenetur* protege os direitos fundamentais referidos pela corrente substantivista¹²⁵.

Contudo concluímos que em Portugal o entendimento maioritário sustenta que o princípio *nemo tenetur* tem um fundamento constitucional¹²⁶, mas de natureza processual. Apesar da tentativa de fundamentar constitucionalmente o princípio *nemo tenetur* terá de ser

¹²⁰ FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 39.

¹²¹ FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 39; MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, (reimpressão de 2006) p. 125; SÓNIA FIDALGO, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», in *RPCC*, Ano 16 n.º 1 (Janeiro -Março 2006) p. 144.

¹²² Acórdão do TC n.º 155/2007, Gil Galvão, relator Conselheiro diz «é inquestionável que o citado princípio tem consagração constitucional, conforme resulta da jurisprudência deste Tribunal» (por exemplo os acórdãos 695/95, 542797, 304/2004 e 181/2005).

¹²³ FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 40; MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, (reimpressão de 2006) p. 127.

¹²⁴ FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 41 e 42; VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare Parte II», in *RMP*, n.º 109 (Janeiro - Março 2007), p. 69 e SS; LILIANA DA SILVA SÁ, «Dever de cooperação versus o direito à não auto-incriminação», in *RMP*, n.º 107 (Jun. -Set. 2006), p. 133.

¹²⁵ FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 41.

¹²⁶ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, (reimpressão de 2006) p. 125 e 126; FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra Almedina, 2009, p. 39; VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare Parte II», in *RMP*, n.º 109 (Jan. - Mar. 2007), p. 59.

sempre o tribunal a fazer uma análise casuística, não podendo fundamentar as suas respostas com um mero recurso a uma posição substantiva ou processualista¹²⁷.

Como atrás foi referido é preciso saber qual a extensão do princípio do *nemo tenetur*, que tem como componentes: o privilégio contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio. Então teremos de averiguar os dois componentes deste princípio e confrontar o problema da delimitação do direito ao silêncio face ao privilégio contra a auto-incriminação. Pois acabamos por falar indistintamente de um ou de outro não determinando então qual o âmbito da sua aplicação; ou se são expressões equivalentes que traduzem a mesma realidade.

A doutrina é consensual¹²⁸ quando admite que o direito ao silêncio alcança outras formas de cooperação auto incriminatória que não só as declarações do arguido. O artigo 61.º, n.º 1 d) do CPP diz-nos que o direito ao silêncio abrange as declarações sobre os factos típicos que lhe são imputados. Na nossa doutrina discutem-se duas orientações do direito ao silêncio: Minimalista, direccionada para as declarações do arguido em sentido estrito e sobre os factos que lhe são imputados¹²⁹ (prova por declarações); Maximalista, envolvendo as declarações por meio de documentos, de uma actuação, identificando-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova da sua culpabilidade¹³⁰.

Contudo há que entender o âmbito da aplicação do privilégio contra a auto-incriminação, que se traduz no direito a não cooperar na entrega de quaisquer meios de prova para a sua incriminação, como confirma a rara jurisprudência do STJ¹³¹. Enquanto o direito ao silêncio apenas abrange a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados, logo o que está em causa é o meio de prova por

¹²⁷ COSTA PINTO afirma que, «de qualquer modo, seja qual for a filiação constitucional do direito ao silêncio ela não legitima por si as soluções do tribunal, porque estas dependem na verdade do exacto conteúdo do direito ao silêncio, no momento da sua aplicação, da subsistência parcial do dever de colaboração e da sua distinção de sujeição quanto a diligências de prova». (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Supervisão do mercado (...)*, cit., p.99) *apud* TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, 2010, p. 125.

¹²⁸ Posição defendida por LILIANA DA SILVA SÁ, em «Dever de cooperação versus o direito à não auto-incriminação», in *RMP*, n.º 107 (Jun. - Set. 2006) p. 136.

¹²⁹ Refere, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 95.

¹³⁰ Neste sentido, VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* Parte I», in *RMP*, n.º 108 (Out. – Dez. 2006), p. 133; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra Almedina, 2009, p. 43-44.

¹³¹ Encontramos o acórdão do STJ de 01-05-2005 que diz: «O privilégio contra a auto-incriminação significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação i.e. tem o direito de não ceder ou fornecer informações ou elementos (v.g. documentais) que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória».

declarações¹³². Adquirindo assim uma certa autonomia, acabando por ficar numa relação de especialidade face ao privilégio contra a auto-incriminação. Como já dissemos o privilégio contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio não são sinónimos. Ambos convergem em considerações à volta dos direitos fundamentais do arguido, sendo a liberdade de declaração entendida como uma forte expressão do direito à não auto-incriminação.

Finalmente este direito faz com que o arguido possa recusar-se a praticar certos actos que sejam prejudiciais à sua defesa, tanto pelo direito de não prestar declarações como pela recusa em não fornecer certo tipo de provas, pois não está obrigado a qualquer dever de colaboração. A consagração deste direito está relacionada com a necessidade de definir limites na procura da verdade, para evitar os abusos que se praticaram no âmbito dos processos inquisitórios¹³³.

O direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não são totalmente idênticos, mas por vezes podem sobrepor-se ou até confundir-se, porque o direito a não cooperar pode ser alargado a todas as situações de cooperação com a justiça com carácter incriminatório; o direito ao silêncio abrange apenas a liberdade de declaração do arguido, que pode ser efectuada por meio de um documento ou actuação; se o direito ao silêncio não existisse, o arguido seria obrigado a declarar e cooperar sempre que estes actos não abrangessem conteúdo incriminatório¹³⁴.

Embora o direito à não auto-incriminação não esteja consagrada directamente no texto constitucional tanto a jurisprudência como a doutrina Portuguesa o consideram como um princípio constitucional não escrito. Na liberdade de declaração que ao arguido é concedida pelo nosso processo penal encontramos um reflexo do estatuto que lhe cabe enquanto sujeito processual.

Com tudo o que dissemos, podemos proferir que toda a contribuição do arguido, da qual possam resultar prejuízo para ele próprio, tem que ser, como refere Costa Andrade, uma “afirmação livre e esclarecida de autorresponsabilidade.”¹³⁵. Estamos de acordo que a descoberta da verdade material deverá ser alcançada sem deixar de ter em conta a dignidade e

¹³² O acórdão do TC n.º 372/98 associou o direito ao silêncio ao direito à norma do artigo 61.º, nº 1 d) do CPP.

¹³³ TERESA BELEZA e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 118.

¹³⁴ *Idem*, p. 119.

¹³⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 121.

as liberdades fundamentais do arguido, ou seja, deve ser também uma verdade processualmente válida. O nosso processo penal apresenta uma estrutura acusatória mas ainda contém certas características do processo inquisitório.

Embora a nossa CRP no seu artigo 32.º, n.º 5 se refira apenas à primeira, entende a doutrina que é mitigada por um princípio da investigação. O artigo 32.º, n.º 2 da CRP consagra o princípio da presunção de inocência sendo que este princípio deve-se à passagem de um processo de estrutura inquisitória para um processo de estrutura acusatória, em que o arguido deixa de ser mero objecto do processo, para ser um verdadeiro sujeito processual dotado de direitos e deveres processuais, determinados legalmente¹³⁶ como decorre dos artigos 60.º e 61.º do CPP.

Figueiredo Dias diz-nos que “todos os actos processuais deverão ser expressão da sua livre personalidade”¹³⁷, ou seja, as medidas coactivas e probatórias que recaiam sobre o arguido não podem ser destinados à intrusão de declarações incriminatórias ou a qualquer outra forma de auto-incriminação.

Ao longo destas alterações nos processos inquisitórios viam a confissão como prova das provas e o arguido era utilizado como instrumento da sua própria condenação, e assim sendo justificar-se-ia o direito ao silêncio. Quanto às suas declarações, deixaram de ser entendidas como meio de prova para serem encaradas como uma manifestação do direito de defesa reservado ao arguido.

Ao longo da história do processo penal este direito tem sido sempre alvo de constante controvérsia, e por esse motivo concordamos que como diz Figueiredo Dias, ele “possa figurar como critério seguro de demarcação da fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações do processo inquisitório”¹³⁸. Este princípio tem grande repercussão ao nível probatório.

Liliana da Silva Sá, quanto à liberdade de declaração do arguido, à qual é apontada uma dupla vertente refere que a “positiva, que se manifesta no direito irrestrito de intervenção

¹³⁶ «A estrutura acusatória do processo penal (...) delimita o princípio da presunção de inocência não só como atribuição do ‘ónus da prova’ ao tribunal, mas também como direito do arguido a ser sujeito do processo e, por conseguinte, não ter de participar coactivamente na produção da prova» (MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342º do código de processo penal (o direito ao silêncio do arguido)», in *RMP*, ano 15, n.º 60, p. 109).

¹³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual Penal I*, Coimbra, 1974, p. 430.

¹³⁸ *Idem*, p. 430.

e declaração em abono de sua defesa; e negativa, enquanto direito contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias”¹³⁹.

Do mesmo modo, o arguido pode “comportar-se como mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo responsável por esta atitude passiva (não tem o dever de colaborar), nem podendo ser por ela penalizado (não tem o ónus de colaborar)”, segundo Teresa Beleza¹⁴⁰.

Falamos do fundamento constitucional do direito ao silêncio é obrigatório uma vez que um dos nossos objectivos é entender o seu alcance, visto que o direito que se fixa na dignidade da pessoa humana será um direito quase absoluto, por outro lado o direito que tem como base garantias processuais poderá ter algumas limitações¹⁴¹.

A nossa Constituição não contém uma consagração expressa do direito à não auto-incriminação ou do direito ao silêncio, não obstante este facto, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que o princípio *nemo tenetur* configura um autêntico princípio constitucional não escrito¹⁴².

A jurisprudência nesta matéria embora não seja unânime, e também neste sentido Vânia Costa Ramos, após verificar minuciosamente esta problemática, conclui que “o próprio ímpeto egoísta e auto-favorecedor do arguido, que segue o seu instinto de sobrevivência, não parecer encaixar na dignidade da pessoa humana”¹⁴³. Logo, tal protecção pode ser assegurada do mesmo modo que se tratarem outros direitos constitucionais, como as garantias de defesa e em particular, o processo equitativo.

Nesta matéria o essencial é identificar o direito de defesa, tal como o acórdão n.º 695/95 do TC quando entende que “ a imposição ao arguido do dever de responder a

¹³⁹ LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de contribuição no interrogatório no processo penal português», in *RMP*, ano 27, n.º 107, p. 121-163.

¹⁴⁰ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 50-51.

¹⁴¹ «Enquanto o direito directamente ancorado na dignidade da pessoa humana será um direito de natureza tendencialmente absoluto, já o direito fundado em garantias processuais poderá ser passível de certas limitações» (VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare Parte I», in *RMP*, n.º 108 (Out. – Dez. 2006), p. 24-25).

¹⁴² TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 122.

¹⁴³ VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare Parte I», in *RMP*, n.º 108 (Out. – Dez. 2006) p. 28.

perguntas sobre os seus antecedentes criminais formulada no início da audiência de julgamento viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”.

Ora, segundo o TC, o direito ao silêncio seria um dos direitos processuais independentes em que se revelam as garantias constitucionais de defesa previstas no artigo 32.º, n.º 1 da CRP. Segundo Sofia Saraiva de Menezes, estamos de acordo ao entendermos o direito ao silêncio como uma sequela do estatuto de arguido como sujeito processual¹⁴⁴. O artigo 60.º do CPP atribui o estatuto de sujeito processual ao arguido.

Como sabemos a audiência do arguido para a obtenção da verdade material é extremamente importante, pois mais ninguém poderá esclarecer os factos como ele, o arguido tem o direito de ser ouvido, como refere o artigo 141.º, n.º 1; 343.º e 361.º, n.º 1 do CPP. O arguido não presta juramento e não tem a obrigação de dizer a verdade nas suas declarações, principalmente quando se refiram a factos que o possam auto-incriminar.

O direito à não auto-incriminação constitui um dos fundamentos do direito do arguido 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”, conhecido como direito ao silêncio, que tem consagração na alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP. Porque das garantias de defesa legalmente estabelecidas, só merecem dignidade constitucional o princípio da presunção de inocência, o direito a um julgamento célere, compatível com as garantias de defesa, e o direito a escolher defensor.

Os direitos do arguido a não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e a não fornecer provas que o possam incriminar são segundo a doutrina tem entendido uma dupla consequência do princípio da presunção de inocência¹⁴⁵, ou seja, ao beneficiar desta presunção, devendo mesmo ser absolvido em caso de dúvida acerca da autoria da infracção penal (princípio *in dubio pro reo*), o arguido não pode assumir o duplo papel de investigador e investigado¹⁴⁶.

¹⁴⁴ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 125.

¹⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*. Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1995, p. 27.

¹⁴⁶ Sobre o princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, ALEXANDRA VILELA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 121-122; EDUARDO MAIA COSTA, «A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito», in RMP, n.º 92, Outubro – Dezembro 2002.

Este é um efeito da passagem de um processo de estrutura inquisitória, onde o arguido era objecto, para um processo de estrutura acusatória, em que o arguido passou a ser encarado como sujeito processual com direitos e deveres, em que as suas declarações devem ser vistas não como meio de prova, mas sim como demonstração do seu direito de defesa que deve ser respeitado para que possa haver um julgamento justo¹⁴⁷.

Segundo Liliana Sá, “ embora não possa falar num verdadeiro direito ao silêncio, dado que não se trata de uma vontade expressa oralmente, somos de opinião que uma interpretação teleológica da norma aponta para que a invocação deste direito não esteja dependente dos meios utilizados, mas dos fins que se pretendem alcançar e dos interesses que sejam postos em causa, designadamente o da não auto-incriminação, sob pena de esses expedientes serem utilizados como forma de contornar um direito fundamental dos cidadãos”¹⁴⁸.

No que diz respeito a tratados e convenções internacionais de que Portugal é signatário podemos destacar o caso da DUDH que vigora na ordem interna portuguesa¹⁴⁹, que serve para interpretar e integrar os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais.

Portugal também assinou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁵⁰, que através da DUDH no seu artigo 14.º, n.º 3 alínea g), consagra direitos fundamentais como o direito ao silêncio ou à não auto-incriminação: “qualquer pessoa acusada de infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos (...) a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

Uma outra convenção que merece especial importância é a CEDH¹⁵¹, que protege os direitos já previstos na DUDH, mas estabelece um sistema internacional, integrado pela Comissão dos Direitos do Homem pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, e esta é a grande diferença, pois destina-se a assegurar o respeito por esse direitos fundamentais, e assim, pode qualquer cidadão, residente ou visitante de um Estado contratante invocar directamente as suas disposições para

¹⁴⁷ O n.º 1 do art. 343.º do CPP, refere, a propósito das declarações facultativas do arguido, que “ 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 silêncio possa desfavorece-lo”.

¹⁴⁸ LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de contribuição no interrogatório no processo penal português», in *RMP*, Ano 27, n.º 107, p. 136.

¹⁴⁹ Publicação no Diário da Republica de 09 de Março de 1978.

¹⁵⁰ Aprovado pela Lei nº 29/78, de 12 de Junho.

¹⁵¹ Aprovada para ratificação pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro, conjuntamente com os protocolos adicionais, e que faz parte integrante do direito interno Português.

fundamentar uma queixa ou recurso perante um tribunal ou autoridade administrativa nacional, nos países em que a convenção faz parte da ordem jurídica interna.

Podemos concluir então que o TEDH propõe “ o direito a um processo equitativo, protegido pelo artigo 6.º, n.º 1 da CEDH inclui, quer para o arguido, quer para o suspeito, (...) um direito ao silêncio e um direito a não colaborar com as autoridades de investigação ou de acusação, fornecendo-lhes provas das infracções por ele alegadamente cometidas; o direito à não auto-incriminação baseia-se num princípio geral que torna mais onerosa a prova para o acusador nos processos de natureza criminal, pois neles vigora a presunção de inocência do arguido, protegida pelo artigo 6.º, n.º 2 da CEDH; o direito a não produzir a sua própria acusação compreende o direito a negar-se a fornecer quaisquer informações, sejam orais ou escritas, e impede, por sua vez, que no processo sancionatório se possam ter em conta as provas obtidas num procedimento anterior sob a ameaça de uma sanção e finalmente, a pessoa incluída no processo sancionador deve ser informada destes direitos”.

Capítulo III

O INTERROGATÓRIO E O DIREITO AO SILÊNCIO

3. O interrogatório e sua natureza jurídica

O interrogatório vem do latim *interrogare*, é o acto processual no qual a autoridade judicial, obtém as declarações do arguido sobre os factos que lhe são imputados. Mas o arguido pode prestar declarações em vários momentos processuais. O interrogatório é um acto processual muito importante com várias finalidades, com o intuito de alcançar a descoberta da verdade e garantir a defesa do arguido. O interrogatório é fundamental, acaba por ser um meio de defesa, um princípio fundamental que deve ser respeitado, pois o arguido tem o direito de ser ouvido. Mas a sua participação tem que ser voluntária, livre e consciente, uma vez que não tem o dever de colaborar com a justiça¹⁵².

O primeiro interrogatório é muito importante para a defesa poder construir a sua estratégia, e assim se for conveniente aconselhar o arguido ate mesmo a permanecer calado. Não é só a liberdade que é afectada mas também todos os actos defensivos a serem praticados mais tarde podem vir a ser afectados ¹⁵³ se não for garantido o contacto do arguido com o defensor¹⁵⁴.

Segundo Germano Marques da Silva trata-se da primeira vez em que o arguido está a ser confrontado com os indícios recolhidos no processo que apontam a sua responsabilidade e, por isso, não deveria ser assistido por um defensor oficioso, geralmente um advogado estagiário¹⁵⁵. Conforme o artigo 141.º, n.º 3 do CPP o juiz de instrução perguntará sobre a qualificação do arguido e em seguida informará dos direitos previstos no art. 61.º, n.º 1 do CPP.

¹⁵² ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 114-115.

¹⁵³ Conforme refere o artigo 141.º, n.º 5 do CPP, o arguido será questionado sobre a sua participação no delito, além de causas que possam excluir a ilicitude ou a culpa, bem como quaisquer circunstâncias que influenciem a determinação da sua responsabilidade ou pena. É claro que se o arguido não for devidamente esclarecido pelo seu defensor, poderá dizer algumas coisas que agravem a sua situação, ou também poderá deixar de dizer as que lhe ajudem na diminuição da sua pena ou até absolvição.

¹⁵⁴ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 115.

¹⁵⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, volume II, Lisboa, 2000, p. 184.

Entendemos que duas seriam as considerações principais no início do interrogatório: o arguido antes de ser interrogado deveria primeiramente falar em privado com o defensor que lhe foi nomeado, assim “ entendemos aliás, que após a exposição dos factos imputados ao arguido, este tem o direito de conferenciar com o seu defensor, nomeadamente para o assistir, esclarecendo-o sobre o seu direito de responder ou não, porque a lei assegura ao arguido o direito de assistência por defensor em todos os actos do processo” ¹⁵⁶ ; e segunda explicar ao arguido que não tem o dever de produzir prova contra si mesmo, ou seja, que pode optar pelo silêncio sem qualquer consequência jurídica que lhe possa ser desfavorável.

Logo colocamos a questão de quando o direito ao silêncio pode ser invocado? Sempre que o arguido seja chamado para prestar declarações em interrogatório realizado pelos OPC ou PJ, e ainda perante o juiz em audiência de julgamento.

A jurisprudência entende também que se deve proteger o direito ao silêncio do arguido mediante a proibição da valoração das “conversas informais”, entre o arguido e os agentes policiais, na fase de inquérito, longe das formalidades impostas por lei, que poderiam inutilizar o seu direito ao silêncio através da “confissão por ouvi dizer”, que a testemunha possa descrever¹⁵⁷.

Mas o mesmo acórdão acrescenta: “Pressuposto desse direito ao silêncio é, no entanto, a existência de um inquérito e a condição de arguido: a partir de então, as suas declarações só podem ser recolhidas e valoradas nos estritos termos indicados na lei, sendo irrelevantes todas as conversas ou quaisquer outras provas recolhidas informalmente.”

Quando se está no plano de recolha de indícios de uma infracção de que a autoridade policial acaba de ter notícia, compete “colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime” (art. 249.º do CPP). No entanto o acórdão do TRC de 09/07/2008¹⁵⁸ vem dizer que “Esta é uma fase de pura recolha informal de indícios, que não é dirigida contra ninguém em concreto; as informações que então forem recolhidas pelas autoridades policiais são necessariamente informais, dada a inexistência de inquérito. Ainda que provenham de eventual suspeito, essas informações não são declarações em sentido processual, precisamente porque não há ainda processo. Completamente diferente é o que se passa com as ditas “conversas informais” ocorridas já durante o inquérito, quando já há arguido constituído, e se pretende “suprir” o seu silêncio, mantido em auto de declarações,

¹⁵⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, volume II, Lisboa, 2000, p. 186.

¹⁵⁷ Acórdão do STJ n.4593/06 de 15/02/2007. <http://www.pgdlisboa.pt>, acedido em 03/02/2011.

¹⁵⁸ <http://www.dgsi.pt>, acedido em 28/12/2009.

por depoimentos de agentes policiais testemunhando a “confissão” informal ou qualquer outro tipo de declaração prestada pelo arguido à margem dos formalismos impostos pela lei processual para os actos a realizar no inquérito. O que o art. 129.º do CPP proíbe são estes testemunhos que visam suprir o silêncio do arguido, não os depoimentos de agentes de autoridade que relatam o conteúdo de diligências de investigação, nomeadamente a prática das providências cautelares a que se refere o art. 249.º do CPP”.

Sendo que o acórdão STJ de 13/05/1999¹⁵⁹ decidiu que “Os agentes policiais não estão impedidos de depor sobre os factos de que tenham conhecimento directo por meio diverso das declarações ou depoimentos reduzidos a auto, designadamente sobre o relato de conversas informais que tenham tido com o arguido.”

Mas conforme continua o acórdão do TRC “ Não há conversas informais com validade probatória, à margem do processo, desde que não tenham assumido os procedimentos de recolha admitidos por lei e por ela sancionados (as diligências são reduzidas a autos - art.º 275.º, n.º 1 CPP)... Haveria fraude à lei se permitisse o uso de conversas informais não documentadas e fora de qualquer controlo”.

Isto porque o arguido tem o direito ao silêncio consagrado quer no art.º 61.º, n.º 1 c) CPP, quer concretamente em audiência de julgamento no art.º 343.º, n.º 1 CPP, “ sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”. Ora a admissão das conversas informais levaria à violação deste estatuto do arguido. Nas conversas informais onde estão as garantias específicas daquele estatuto? Se a conversa do requerido, com os órgãos de polícia criminal, ocorre antes de ter sido constituído arguido por maioria de razão não poderão tais conversas ser usadas como meio de prova. “Usá-las com tal fim violaria, flagrantemente, tal estatuto. Admitir as conversas informais seria (ainda que provenientes de uma fase em que não tivesse sido constituído arguido) o mesmo que estar a obrigar o arguido a falar contra a sua própria vontade. É que o conteúdo essencial do direito de defesa, no qual se inclui o direito de ser ouvido, assenta em que o arguido deve ser considerado como "sujeito" do processo e não como objecto, do que resulta o direito ao silêncio que lhe assiste, directamente relacionado com o princípio da presunção de inocência, sendo que só as afirmações por ele produzidas no integral respeito de decisões de sua vontade podem ser utilizadas como meio de prova”.

¹⁵⁹ <http://www.dgsi.pt>, acedido em 28/12/2009.

Referimos ainda, ser proibido a utilização, como meio de prova, segundo o artigo 345.º, n.º 4 do CPP, as 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 juiz¹⁶⁰.

Como sabemos este direito encontra-se previsto no artigo 60º do CPP é reforçado, ainda noutros artigos tais como: 141.º, n.º 4; 143.º, n.º 2; 144.º, n.º 1; 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, onde o arguido goza do direito ao silêncio, devendo ser informado antes de qualquer interrogatório, desse direito, e ser esclarecido que se optar por esse direito, nada pode ser interpretado em seu desfavor, e mesmo que preste declarações, pode recusar responder a algumas ou todas as perguntas.

De tudo o que dissemos podemos concluir que o arguido deve ser informado que existe um direito ao silêncio que ele pode optar e que esse silêncio pode ser total ou parcial, sendo que nada pode ser valorado contra ele se seguir esse caminho.

Noutro instante, no inquérito, o interrogatório do arguido, será realizado pelo MP ou por um OPC. Se houver fase de instrução, uma vez que é facultativo, o juiz de instrução realizará o interrogatório, segundo o art. 144.º do CPP. Finalmente, em audiência o interrogatório é regulado pelos artigos 342.º a 345.º do CPP. Mas após as alegações, no final da audiência de julgamento, o juiz interrogará mais uma vez o arguido, para que este se pronuncie sobre mais algumas coisas que tenha a alegar em sua defesa, conforme o artigo 361.º do CPP¹⁶¹.

Muito se tem discutido sobre a natureza jurídica do interrogatório, e colocam-se algumas questões: será um meio de prova ou um meio de defesa? Ou terá uma dupla natureza? Ainda não há verdadeiramente um consenso na doutrina sobre este assunto. Uma vez que existem três interrogatórios no processo penal, Figueiredo Dias considera que “ [...] qualquer dos interrogatórios visa contribuir para o esclarecimento da verdade material, podendo nessa medida legitimamente reputar-se um meio de prova”¹⁶². Uma vez que há entendimentos de que o primeiro interrogatório seria fundamentalmente de defesa, o segundo seria o arguido o sujeito de prova e o terceiro de dupla natureza, no entanto as últimas

¹⁶⁰ Como por exemplo: Acórdão TC n.º 524/97 e Acórdão STJ, de 12/03/2008.

¹⁶¹ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 117.

¹⁶² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 440-443.

declarações em audiência de julgamento constituem um acto defensivo, como refere o art. 361.º do CPP.

Já Germano Marques anota que as declarações do arguido em qualquer fase do processo revestem uma natureza dúplice, meio de defesa e meio de prova¹⁶³. Em síntese o interrogatório é um meio de defesa, sendo casualmente fonte de prova, quando a presença do arguido ajuda no esclarecimento da verdade.

Temos algumas definições da prova no nosso Processo Penal, segundo Paulo de Sousa Mendes a prova como *actividade probatória* “ é o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis (artigo 124.º, n.º 1 do CPP) ”¹⁶⁴.

As provas enquanto *meios de prova* “ são os *elementos* com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados”¹⁶⁵. A prova enquanto *resultado da actividade probatória*, “ é a *motivação da convicção* da entidade decidente acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica”¹⁶⁶. As provas enquanto *provas materiais* “são os *objectos* relacionados com a preparação e a prática do facto qualificado como crime”¹⁶⁷.

Há uma questão bastante polémica¹⁶⁸ que vai no sentido de se poder admitir a leitura de declarações do arguido, quando estas tiverem sido feitas perante juiz, mesmo que o arguido opte pelo silêncio na audiência, em certos crimes, sobretudo graves. Pois como sabemos o artigo 357.º do CPP diz-nos que a leitura de declarações do arguido, prestadas perante juiz, só é possível se houver discrepância entre as que constam nos autos e as que ele declara na audiência. Mas se o silêncio for a sua opção isso não é possível. Como é possível o tribunal absolver o arguido por não poder usar as suas declarações, principalmente em relação a crimes graves?

¹⁶³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, volume II, Lisboa, 2000, p. 181.

¹⁶⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, “As Proibições de Prova no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Fernanda Palma, organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem de advogados, Coimbra, Almedina, 2004, p. 133.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 133.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 133.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 133.

¹⁶⁸ MÁRIO FERREIRA MONTE, *Iniciativa da prova, acção de formação permanente que decorreu no Porto, no dia 7 de Março de 2008, por iniciativa do Centro de Estudos Judiciários.*

Como sabemos as testemunhas em certo tipo de crimes têm medo de prestar depoimento, porque nem sempre a protecção de testemunhas funciona. Logo, na impossibilidade de usar as declarações do arguido que confessa o crime e havendo absolvição, pode ser encorajador para quem no futuro praticar certos crimes eliminando as testemunhas durante a execução do crime. Como diz Mário Ferreira Monte¹⁶⁹ “ se tiver havido confissão e não existirem testemunhas ou estas não declararem o que viram, por receio, e, por isso tiver de haver absolvição, o efeito é no mínimo perverso. Trata-se de baixar as garantias”.

A CRP assegura ao arguido todos os meios de defesa, no qual inclui o direito de audiência. A autoridade que procede ao interrogatório tem a obrigação de prevenir o arguido sobre o direito ao silêncio, sendo que se este optar por permanecer em silêncio, o interrogatório acaba por ser um meio de defesa, uma vez que só colabora se o desejar livremente.

Cavaleiro Ferreira, acredita que “ o interrogatório do arguido não é e não deve ser somente um meio de prova. É também um meio de defesa. A doutrina tem debatido a questão de saber se com uma ou outra característica é de considerar o interrogatório do arguido”¹⁷⁰. Mas o interrogatório pode realmente vir a ser um meio de prova quando o juiz repara nalgumas deficiências físicas ou marcas, que as testemunhas identificaram como aquele que cometeu o crime. Ora nesse caso, mesmo que o arguido não se tenha pronunciado, o juiz deve ter em conta tudo o que observou. Mas por outro lado, se o arguido fornecer de livre e espontânea vontade todos os dados relevantes para o esclarecimento dos factos, além de ser um meio de defesa, o interrogatório pode ser um meio de prova, ainda que como declara Adriana Ristori “ [...] obviamente, essa não é a sua essência”¹⁷¹.

Vamos agora falar sobre outro assunto, se um funcionário administrativo tomar conhecimento da prática de um crime no desempenho das suas funções deve comunicar a ocorrência ao MP para quando proceda à abertura do inquérito, segundo artigo 242.º, n.º 1 do CPP. “As entidades policiais e os funcionários públicos são, pois, destinatários de um dever de denúncia”¹⁷².

¹⁶⁹ MÁRIO FERREIRA MONTE, Iniciativa da prova, acção de formação permanente que decorreu no Porto, no dia 7 de Março de 2008, por iniciativa do Centro de Estudos Judiciários.

¹⁷⁰ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, volume I, Lisboa, 1955, p. 150.

¹⁷¹ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 121.

¹⁷² AUGUSTO SILVA DIAS E VÂNIA COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e contra-ordenacional Portugues*, Coimbra Editora, 2009, p. 18.

No final do inquérito, existindo indícios suficientes de que o crime foi praticado e de quem foi o seu autor, deve ser o MP a acusar ou arquivar o inquérito. Tanto para o início do inquérito como para a acusação vigora o princípio da legalidade. O sistema Processual Penal possui mecanismos de oportunidade e consenso para situações de pequena e média criminalidade, tal como o arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo 280.º do CPP), ou a suspensão provisória do processo (artigo 281.º do CPP)¹⁷³.

Embora o MP possa decidir não acusar, ao verificar os pressupostos legais de qualquer desta figuras e havendo consenso dos sujeitos processuais quanto à sua aplicação, é uma decisão muito importante, pois tem como consequência pôr termo ao processo.

Se estiver a correr um inquérito por crime semipúblico ou particular contra as pessoas ou contra o património, pode ter lugar o seu arquivamento na sequência da conclusão com êxito de um processo de mediação.

Desde 2007¹⁷⁴ foi introduzida na ordem jurídica Portuguesa uma medida que constitui um importante instrumento de diversão, vocacionado essencialmente para a realização de uma justiça restaurativa. A mediação pode ser requerida pelo autor ou pela vítima ou promovida pelo MP, e com o auxílio do mediador, ambas as partes chegarem a acordo, o inquérito é encerrado e arquivado¹⁷⁵.

Mas segundo Germano Marques da Silva¹⁷⁶, a doutrina explica que existem vários aspectos, uns positivos e outros negativos, pois “a renúncia ao processo judicial pode ser insuportável para a vítima porque significa renúncia ao reconhecimento público da sua qualidade e estatuto. Para a vítima o agente do crime deve ser solene e publicamente convencido de que agiu mal e punido e a punição apresenta-se-lhe como uma exigência natural e cívica”, e mais ainda “no processo, a vítima espera que o juiz declare quem é o bom

¹⁷³ Sobre o arquivamento e suspensão provisória do processo fala-nos, FARIA COSTA, *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* Almedina, 1986; FERNANDO TORRÃO, *A relevância da suspensão provisória do processo*, Almedina, 2000; PEDRO CAEIRO, «Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente», in *RMP* 84, 2000, p. 31 e ss.

¹⁷⁴ Através da Lei n.º 21/2007 de 12 de Junho.

¹⁷⁵ Sobre a mediação penal no Direito Português podemos conferir, PAULA RIBEIRO DE FARIA, «A reparação punitiva – Uma ‘terceira via’ na efectivação da responsabilidade penal?», in *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra editora, 2003, p. 259 e ss; MÁRIO FERREIRA MONTE, «Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime», in *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra editora, 2003, p. 129 e ss; *Sub Judice*, n.º 37 Justiça Restaurativa, Out.- Dez., 2006; CLÁUDIA SANTOS, «A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema penal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal ‘de adultos’ em Portugal», in *RPCC*, 16, 2006, p. 85 e ss.

¹⁷⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *A Introdução da Mediação Vítima - Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, 2005, p. 103-104.

(a vítima) e quem é o mau (o agente do crime) e perante o mediador as noções de bom e mau desaparecem em grande parte; há apenas um conflito entre pessoas”.

3.1. Garantias do interrogatório

Figueiredo Dias descreve a fórmula para podermos identificar o sistema processual penal adoptado pelo ordenamento jurídico de um estado através do interrogatório, com a frase: “ Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o estado que o instituiu”¹⁷⁷. Como sabemos o direito ao silêncio no interrogatório é uma das implicações do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Costa Andrade afirma que este princípio assinala entre si os modelos acusatório e inquisitório¹⁷⁸. No processo inquisitório procura-se a todo o custo a confissão, usando até de força e sob tortura, ora este modelo não coincide com o direito ao silêncio no interrogatório, porque neste caso o arguido apenas teria o dever de responder ao que lhe é perguntado e com verdade, uma vez que não passa de um objecto de prova. Mas segundo estabelece a nossa CRP vivemos numa estrutura acusatória, e assim a presença do arguido no processo penal é como sujeito de direitos, ao qual o direito ao silêncio lhe foi concedido.

O interrogatório pode ser dividido em duas partes: a primeira para recolher os dados de identificação do arguido, a segunda para conhecer os factos imputados. De acordo com o artigo 140.º do CPP, em geral, às declarações do arguido é aplicável o disposto nos artigos 128.º e 138.º do CPP, ou seja o arguido será interrogado apenas “sobre os factos de que possua conhecimento e que constituam objecto de prova”¹⁷⁹. Não devem ser realizadas perguntas sugestivas ou inoportunas. Para assegurar a defesa do arguido e definir uma estratégia defensiva a adoptar no momento do interrogatório, ele tem o direito de ser informado sobre todas as circunstâncias acerca da sua imputação. “ Nunca é demais realçar que o arguido só tem o dever de responder com verdade sobre a sua identificação e antecedentes criminais, não tendo nunca o dever de responder sobre os factos que lhe são imputados e se responder, faltando à verdade, não incorre em responsabilidade”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 428.

¹⁷⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 122.

¹⁷⁹ Acórdão do STJ de 12-03-2008. <http://www.dgsi.pt>, acedido em 20/02/2011.

¹⁸⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, volume II, Lisboa, 2000, p. 182.

Logo, em qualquer interrogatório que seja submetido, o arguido deve ser alertado sobre os direitos que possui, sobretudo, o direito de guardar silêncio. A pessoa tem que perceber que não está a ser ouvida como testemunha, porque nesse caso tem a qualidade de depor e dizer a verdade, mas sim como arguido, uma situação jurídico-processual que lhe garante a escolha de permanecer em silêncio. É fundamental que a informação dada ao arguido sobre este aspecto seja clara, directa e compreensível.

Como sabemos uma das decorrências do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, e da dignidade humana é a proibição de certos métodos a usar no interrogatório, pois poderiam interferir na espontaneidade do arguido. O interrogatório não pode ser produzido sob nenhuma das hipóteses do artigo 126.º, n.º 1 e 2 do CPP¹⁸¹, mesmo que o arguido tenha dado o seu consentimento, pois está tutelada a liberdade de autodeterminação da pessoa.

O ordenamento jurídico Português mostra-se sensível aos novos tempos¹⁸² em que a dignidade humana é um dos passos principais, estabelecendo, assim, a lei que é inaceitável o uso da força ou ameaça, ou de qualquer trato desumano ou degradante para obrigar a pessoa a confessar aquilo que por vezes nem aconteceu. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, a tortura é a forma mais agravada de tratamento cruel e desumano revelando-se em “ [...] qualquer acto originador de dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, intencionalmente infligidos a uma pessoa para dela obter informações, a intimidar ou a punir”¹⁸³.

Existem métodos que afectam a capacidade de memória ou de avaliação do arguido durante o interrogatório, que ocasionam perda de domínio, de resistência física ou mental do

¹⁸¹ Métodos proibidos de prova: 1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

¹⁸² Numa época remota, para o julgamento, a confissão, por vezes, era acompanhada de tormentos. “ Os tormentos, “ [...] perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de tratos do corpo”, eram provas previstas desde o Código Visigótico, herança dos romanos que, por algum tempo, deixaram de ser aplicados, mas retornaram no século XIV nos títulos 87 e 88 do Livro V das Ordenações Afonsinas. A tortura era aplicada de forma oculta, após a realização da acusação escrita e diante de indícios graves, como confissão extrajudicial, fuga antes da querela. Assim, o juiz buscava, de todas as formas, colher no interrogatório as informações do acusado, com interrogatórios infundáveis, com perguntas e reperguntas, sugestivas e cavilosas, objectivando extorquir a confissão. Se o método não funcionava, lançava mão das ameaças e, por fim, da tortura”. ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 56.

¹⁸³ VITAL MOREIRA E GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra editora, 1993, p. 177-178.

arguido fazendo com que as declarações não sejam de sua livre determinação. Não podemos admitir certos métodos que perturbem a condição física ou psicológica do arguido como: hipnose, detectores de mentira ou polígrafos¹⁸⁴ ou narcoanálise¹⁸⁵, porque irão afectar a liberdade de autodeterminação e invadir a sua intimidade. Como refere Adriana Ristori, “São métodos que devem ser excluídos porque aniquilam a liberdade e a dignidade humana, porque não são plenamente confiáveis os resultados a serem obtidos e porque não devem depender do consentimento do arguido, ainda que em favor da sua defesa”¹⁸⁶.

A aplicação da narcoanálise mesmo para beneficiar o arguido ofende a dignidade humana, por isso, além de inadmissível, é juridicamente inconstitucional, assim entende Figueiredo Dias, que também é contra o *lie detector*¹⁸⁷.

Costa Andrade afirma que “Mesmo quando assente no consentimento de um arguido, a utilização do detector de mentiras acaba por ameaçar o direito fundamental à liberdade de expressão de todos os que se encontram na mesma situação de suspeita”¹⁸⁸.

A dignidade da pessoa humana constitui o fundamento da passagem do arguido da condição de objecto para a posição de sujeito processual, com competência de garantias de defesa para assegurar essa posição, que confere ao arguido um privilégio contra a auto-incriminação. Fernanda Palma, ao interpretar o princípio em função da estrutura acusatória do processo, vem dizer que o arguido será sempre sujeito e a na qual a negação da prerrogativa contra a auto-incriminação será inadmissível, por objectivizá-lo¹⁸⁹.

“O Estado de Direito é aquele em que ao cidadão é garantido o tratamento equitativo perante os seus órgãos, incluídos os que exercem o poder punitivo, através da atribuição de garantias de defesa”¹⁹⁰. O processo equitativo conforme a nossa CRP indica no seu artigo 20.º, n.º 4, adquire um enquadramento próprio constando da lista dos deveres e direitos

¹⁸⁴ O detector de mentiras é um aparelho que tem por objecto registar os movimentos respiratórios, pulsação, tensão arterial e transpiração, durante o interrogatório, e assim determinar, segundo os dados recolhidos, o momento em que a pessoa interrogada se afasta conscientemente da verdade.

¹⁸⁵ A narcoanálise consiste na introdução por via intravenosa, no arguido, de certas substâncias barbitúricas, provocando-lhe um estado de sonolência entre o sono e a vigília, com alterações psíquicas, este narcótico liberta o subconsciente, e contra a sua vontade o arguido fica sem o domínio das suas faculdades.

¹⁸⁶ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 141.

¹⁸⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 459.

¹⁸⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 78.

¹⁸⁹ MARIA FERNANDA PALMA, «A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido», in *RMP*, Lisboa, n.º 60, 1994, p. 103 e SS.

¹⁹⁰ VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare», Parte II, in *RMP*, n.º 109 Janeiro -Março 2006, p. 70.

fundamentais. O artigo 32.º da CRP analisa o artigo 20.º, n.º 4 transpondo a exigência de equidade para o processo penal¹⁹¹.

Apesar de não estar expresso na constituição o *nemo tenetur* também é um dos corolários do processo equitativo, à correspondência da presunção de inocência, do direito de ser ouvido e do princípio do contraditório.

A nível internacional, o *privilege against self-incrimination* é introduzido no processo equitativo. Como afirma o TEDH “ [...] não há dúvida que o direito a guardar silêncio durante o interrogatório policial e a prerrogativa contra a autoincriminação são normas internacionais geralmente reconhecidas que se situam no coração da noção de processo equitativo [...]”. Como parte na CEDH, no PIDCP e na DUDH, Portugal partilha dos seus princípios, então devia proceder à harmonização conceptual e enquadrar o *nemo tenetur* no processo equitativo.

O nosso Processo Penal atribui ao arguido o estatuto de sujeito processual conforme o artigo 60.º do CPP e do princípio que recebe o catálogo dos seus direitos e deveres processuais no artigo 61.º do CPP¹⁹².

O sujeito processual tem a garantia de presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, princípio que está ligado ao da preservação da dignidade pessoal, e conforme Figueiredo Dias, leva “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 da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”¹⁹³. Assim sendo, e segundo o acórdão 695/95¹⁹⁴, o CPP dá ao arguido o direito ao silêncio. Embora no ordenamento português sejam visíveis certas limitações do direito ao silêncio, da prerrogativa contra a auto-incriminação. Algumas limitações são relativamente às perguntas sobre a identidade, que o direito ao silêncio não assiste ao arguido, aliás este tem um dever de responder com verdade a estas questões (art. 61.º, n.º 3, alínea b)) do CPP; outra excepção ao direito à não auto-incriminação é relativa ao exame de alcoolémia e substâncias

¹⁹¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, Verbo, Lisboa, vol. I, 3ªEdição, 1996, p. 64 e SS.

¹⁹² MARIA JOÃO ANTUNES, «Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido», *Sub Júdice, Justiça e sociedade*, Lisboa n.º4, 1992, p. 25-26.

¹⁹³ FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 3 e SS.

¹⁹⁴ Acórdão 695/95 de 05-12-1995. [Http://w3.tribunalconstitucional.pt](http://w3.tribunalconstitucional.pt), acedido em 20/02/2011.

psicotrópicas, e ainda a excepção do artigo 172.º, n.º1 do CPP que impõe ao arguido que se sujeite a exames, ou forneça coisas para examinar.

3.2. O arguido

O estatuto jurídico processual do arguido é um complexo de direitos e deveres do qual ele é titular, nomeados principalmente no artigo 61.º do CPP¹⁹⁵, sendo que o seu n.º 1, alínea c) dá especial protecção ao arguido a fim de acabar com os interrogatórios inquisitoriais em que o arguido tinha que adivinhar o sentido das perguntas, correndo o risco de se auto-incriminar por apresentar novos factos aos que já estavam a ser investigados. O juiz no primeiro interrogatório judicial de arguido detido tem que informar dos motivos da detenção, dos factos imputados e dos meios de prova, salvo se a revelação puser em causa a investigação, a descoberta da verdade ou direitos fundamentais. O artigo 141.º, n.º 4, alínea d)¹⁹⁶ reforça as garantias do arguido.

A fase de inquérito pode decorrer contra um agente indeterminado ou contra um mero suspeito, pessoa à qual exista indícios de ter cometido um crime ou nele ter participado, mas segundo o art. 57.º do CPP, é arguido aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal.

¹⁹⁵ “Artigo 61.º do CPP - Direitos e deveres processuais. 1. O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e, salvas as excepções da lei, dos direitos de: a) Estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito; b) Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte; c) Ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade; d) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar; e) Constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor; f) Ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele; g) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias; h) Ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem; i) Recorrer, nos termos da lei, das decisões que lhe forem desfavoráveis. 2 - A comunicação em privado referida na alínea f) do número anterior ocorre à vista quando assim o impuserem razões de segurança, mas em condições de não ser ouvida pelo encarregado da vigilância. 3 - Recaem em especial sobre o arguido os deveres de: a) Comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente convocado; b) Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais; c) Prestar termo de identidade e residência logo que assuma a qualidade de arguido; d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente.”

¹⁹⁶ “Dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime”.

A lei processual penal distingue o arguido do suspeito, que ao contrário de mero participante processual à constituição de arguido é dado o reconhecimento do estatuto de sujeito processual, segundo os artigos 58.º, n.ºs 2 e 3; 60.º e 61.º do CPP. O artigo 59.º, n.º 2 do CPP confere ao suspeito o direito de ser constituído arguido, a seu pedido, sempre que estiverem a ser efectuadas diligências que pessoalmente o afectem. A constituição de arguido é uma garantia que é dada a quem está a ver que contra si se encaminha um processo penal¹⁹⁷.

A garantia da presunção de inocência reflecte-se no estatuto do arguido de forma imediata enquanto objecto de medidas de coacção, ou enquanto meio de prova. Segundo o artigo 27.º, 28.º e 32.º, n.º2 da CRP e 191.º a 218.º do CPP este princípio exige que só se apliquem ao arguido as medidas que sejam suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente.

Como refere Maria João Antunes, “o princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio 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, sendo nulas e não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.”¹⁹⁸.

Podemos afirmar que o estatuto processual do arguido é característico de uma estrutura acusatória imposta pela nossa CRP no artigo 32.º, n.º 5 introduzida por um princípio subsidiário de investigação, que de forma harmoniosa satisfaz as finalidades do processo penal de um Estado de direito democrático, uma vez que a realização da justiça privilegia os direitos fundamentais do arguido, ao contrário da estrutura processual de base inquisitória que o arguido é visto como objecto do processo penal e não como sujeito deste. Como refere Guedes Valente, “o arguido é um sujeito processual e para o qual deve existir um procedimento leal.”¹⁹⁹.

Na constituição de arguido comunica-se verbalmente ou por escrito, que a partir daquele momento a pessoa adquiriu a qualidade de arguido, porque está a ser deduzida contra si uma acusação ou requerida instauração num processo. Segundo Germano Marques, arguido

¹⁹⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, as garantias do arguido no Processo Penal Português, Janus 2004, acedido em 11/01/2011, www.janusonline.pt.

¹⁹⁸ MARIA JOÃO ANTUNES, as garantias do arguido no Processo Penal Português, Janus 2004, acedido em 11/01/2011, www.janusonline.pt e Acórdãos do STJ de 12-03-2008 e de 03-09-2008, acedidos em 20/02/2011.

¹⁹⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Almedina, 2009, p. 196.

é “ [...] A pessoa que é formalmente constituída como sujeito processual e relativamente a quem corre processo como eventual responsável pelo crime que constitui objecto do processo”²⁰⁰.

O direito ao silêncio previsto no artigo 61.º, n.º 1 alínea c) do CPP, para o arguido nasce no momento da sua constituição nessa qualidade. Mas existem várias expressões tais como suspeito, arguido, réu, acusado, etc., para as diversas fases do processo penal, para Castanheira Neves três designações se distinguem: suspeito, réu e arguido, e explica que o termo arguido é usado no mesmo sentido que o de réu, pois abrange o suspeito, mas réu é definido como “ [...] a pessoa criminalmente pronunciada com fundamento numa acusação pertinente. Antes da acusação, a pessoa é mero suspeito”²⁰¹.

José Barreiros define que réu é o arguido pronunciado²⁰². Já Adriana Ristori diz que “o suspeito é aquele que pode vir a ser arguido, pois sobre ele pesam indícios que tenha cometido ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar. E arguido é aquele que foi formalmente comunicado de sua constituição, sendo apontado como autor de um delito determinado, objecto a ser apurado no curso do processo penal”²⁰³. As questões que colocamos são: já que o arguido é detentor de direitos e deveres, como é a situação do mero suspeito? Poderá o suspeito manter-se calado e beneficiar do direito ao silêncio?

Ora, como podemos verificar no nosso CPP no art. 1.º al. e) “ Considera-se: «suspeito» toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”. José Barreiros responde dizendo que “ [...] suspeito apura-se por exclusão de partes, sendo a pessoa sobre quem recai um juízo de probabilidade menos forte do que aquele que impende sobre o arguido”²⁰⁴.

Então poderíamos dizer que não, uma vez que não é sujeito processual e as autoridades que o interrogam não têm a obrigação de informar que poderia guardar silêncio. Mas a nossa lei, de forma muito lúcida, garante também ao suspeito o direito ao silêncio que é

²⁰⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, vol. I, Lisboa: editorial verbo, 2000, p. 286.

²⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, 1968, p. 161-162.

²⁰² JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo penal*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 391.

²⁰³ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 105.

²⁰⁴ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo penal*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 390.

fundamental para a sua defesa. É definido por lei, o momento que o suspeito passará a ser constituído arguido. Coloca-se outra questão, onde está a fronteira que separa o suspeito do arguido? A acusação e o requerimento de instrução não exigem a presença de indícios de responsabilidade do acusado, e como diz Germano Marques “ [...] pode suceder que não existam indícios suficientes”, e desta forma não há razão para atrasar a comunicação ao suspeito²⁰⁵.

Há que definir o mais cedo possível e prudentemente a sua posição jurídica uma vez que a condição de arguido tem um carácter irreversível, mesmo que os indícios probatórios que contra ele contendem desapareçam, pois terá consequências sociais negativas para a pessoa, para além de poder causar a restrição da liberdade. Germano Marques alerta-nos que a “ [...] Constituição de arguido é um dever, verificados os respectivos pressupostos, para defesa do próprio arguido e é um direito deste para poder gozar dos direitos inerentes à qualidade de sujeito processual”²⁰⁶.

O suspeito quando presta declarações como testemunha, se estas não o prejudicarem, podem ser valoradas, mas se contiverem elementos que o possam incriminar de alguma forma essa prova é inaceitável, porque ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, assim nos diz o artigo 58.º, n.º 3 do CPP, logo podemos afirmar que no inquérito policial o direito ao silêncio é garantido à pessoa que possa vir a ser acusada de um crime.

Todas as pessoas acusadas em processo penal têm o direito ao silêncio por força do PIDCP. Esta garantia alarga-se também à vítima, já que ela não pode ser forçada a revelar algo que a possa prejudicar, logo não é obrigada a responder a perguntas que a incriminem, sendo o seu tratamento igual ao do arguido. Tal como referem Simas Santos e Leal Henriques “ [...] é o reconhecimento do legítimo direito ao silêncio”²⁰⁷.

Pensamos que depois de tudo o que foi dito, que titulares ao direito ao silêncio são todos aqueles que por meio de declarações permitem à autoridade fornecer elementos auto-incriminatórios²⁰⁸.

²⁰⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, vol. I, Lisboa: editorial verbo, 2000, p. 286-287.

²⁰⁶ *Idem*, p. 301.

²⁰⁷ SIMAS SANTOS E LEAL-HENRIQUES, *Código de processo penal anotado*, Lisboa: rei dos livros, 2000, p. 127.

²⁰⁸ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 110.

Ao avaliarmos e compararmos as garantias do arguido no processo penal português com as previstas no direito de outros países, podemos afirmar que se rege pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Conforme menciona Maria João Antunes, “pode afirmar-se que o direito processual penal português se inscreve, também ele, num fundo europeu comum, guiado pelas disposições daquela convenção (artigos 5.º e 6.º). Um fundo europeu comum, onde devemos destacar o direito a um processo equitativo, o princípio da publicidade da audiência de julgamento, a garantia de um processo penal com duração razoável; o princípio da presunção de inocência; o direito de o arguido ser informado sobre as razões da privação da liberdade e sobre os factos que lhe sejam imputados; o direito de assistência, nomeadamente por intérprete e defensor; o princípio do contraditório; o direito de recorrer de decisão que pessoalmente o afecte, nomeadamente da decisão que o prive da liberdade em razão de prisão ou de detenção; e a garantia do *ne bis in idem*”²⁰⁹.

3.3. A confissão

Durante muito tempo a confissão foi considerada por muitos a rainha das provas, tanto que não importavam os meios usados para a obter, que podiam ser torturas desumanas.

As declarações prestadas pelo arguido são sempre importantes para o apuramento da verdade, independentemente da natureza jurídica que se estabeleça ao interrogatório, porque o arguido pode assumir três posições distintas: ou calar-se; ou negar os factos ou confessar os factos total ou parcialmente.

Na confissão há que explicar o distanciamento entre dois pólos, conforme nos ensina Teresa Beleza: “os regimes em que a confissão faz prova plena, como tendem a ser os sistemas acusatórios modernos de tipo anglo-americano e, no outro extremo, os regimes que «desconfiam» em absoluto da confissão e nunca a admitem como única prova, como era o caso do nosso código anterior (1929)”²¹⁰. Diz-nos ainda a autora que “o artigo 174.º do Código de Processo Penal (1929) anterior estatuiu que «A confissão do arguido desacompanhada de quaisquer outros elementos de prova não vale como corpo de delito» e

²⁰⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, as garantias do arguido no Processo Penal Português, Janus 2004, acedido em 11/01/2011, www.janusonline.pt.

²¹⁰ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, nº 74, 1998, p. 52.

«Ainda que o arguido tenha confessado a infracção, o juiz deverá proceder a todas as diligências para o apuramento da verdade, devendo investigar, com todos os elementos de que dispuser, se a confissão é ou não verdadeira»²¹¹. O CPP actual no art. 344.º cita a confissão de um ponto de vista cauteloso e “conciliador”²¹², permitindo ao tribunal condenar o arguido com suporte, único e exclusivamente, na confissão.

Como refere Germano Marques “ [...] se o arguido se negar a prestar declarações ou a responder a algumas perguntas, seja qual for a fase do processo, o seu silêncio não poderá ser valorado como meio de prova pois o seu silêncio do exercício do seu direito de defesa que em nada o poderá desfavorecer (art. 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1) ”²¹³. Com isto podemos afirmar que nunca a valoração do silêncio poderá prejudicar ao acusado. Temos que ter em conta o momento em que foi realizada a confissão e quais os seus efeitos se o arguido optar por essa via, uma vez que se o arguido confessar, na fase do inquérito ou de instrução é necessário que a recolha das provas que digam respeito ao facto crime seja efectuada, porque pode sempre existir a possibilidade do arguido, noutros interrogatórios alterar as suas declarações, se por exemplo negar a autoria do facto.

Logo a questão que se coloca seria se o primeiro interrogatório do arguido teria valor probatório? Adriana Ristori responde dizendo que “ Para ser simplesmente utilizado como único suporte para uma condenação, entendemos que não, pois uma pessoa pode confessar por vários motivos: proteger o verdadeiro culpado, escapar de um delito mais grave, etc. Na verdade, a confissão será livremente valorada e apreciada pelo julgador e, segundo seu critério, guiado pelo princípio da íntima convicção, considerada para efeitos probatórios ou não”²¹⁴.

Se o arguido exercer o direito ao silêncio em audiência, todas as declarações que prestou anteriormente não poderão ser lidas no julgamento²¹⁵, como investigamos nos

²¹¹ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 52, nota 15.

²¹² Como refere TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 52.

²¹³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, vol. II, Lisboa: editorial verbo, 2000, p. 188.

²¹⁴ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 124.

²¹⁵ “Recusando-se o arguido a prestar declarações em julgamento, não podem aí ser inquiridos órgãos de polícia criminal sobre os factos que apuraram e de que tiveram conhecimento por anteriores declarações do arguido que não foram lidas nesse julgamento. Se forem inquiridas essas pessoas, verifica-se irregularidade que fica sanada se não for arguida tempestivamente” Acórdão do STJ n.º 047919 de 29-06-1995. <http://www.dgsi.pt>, acedido em 28/01/2011.

acórdãos do STJ, nem os agentes da PJ que intermediaram as declarações poderão pronunciar-se sobre o seu conteúdo²¹⁶. Mas se o arguido apresentar uma nova versão dos factos pode ser confrontado com as próprias contradições. Acabamos por considerar segundo a leitura dos artigos 356.º, n.º 7 e 8 e 357.º do CPP, que confissão que seja prestada perante os OPC ou MP, não têm algum valor probatório, uma vez que só poderá ser valorada em audiência se o arguido der autorização. Se ele declarar que quer confessar os factos que lhe são imputados em audiência de julgamento, ser-lhe-á perguntado se o faz de livre vontade, sem qualquer tipo de coacção, se sim, se não houver co-arguidos, ou mesmo que haja todos confessarem livremente sem reservas e sem suspeita do carácter livre da confissão prestada e, se, se tratar de um crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos, o tribunal considerará provados os factos em discussão, sem necessidade de produção de mais provas. Se não houver a concorrência de todos estes requisitos legais a confissão será avaliada pelo tribunal.

Segundo o artigo 357.º do CPP as declarações anteriormente prestadas pelo arguido só são permitidas com a sua própria solicitação, ou quando tendo sido feitas perante o juiz, houver contradições ou discrepâncias sensíveis entre elas e as feitas em audiência que não possam ser esclarecidas de outro modo. Assim relativamente às declarações anteriormente prestadas, significa que vale em termos absolutos uma proibição de valoração se o arguido nada disser sobre os factos que lhe são imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, segundo o artigo 61.º c) do CPP, que tem desta forma a garantia da presunção de inocência até ao trânsito em julgado de sentença de condenação, artigo 32.º, n.º 2 da CRP²¹⁷.

Este é um problema que está a ganhar uma especial importância, pelo que se questiona se devemos valorar em julgamento a prova produzida durante a investigação. Durante o congresso anual dos magistrados e posteriormente dos advogados no ano de 2011 este tema foi alvo de discussão e enveredou no sentido de fazer alterações ao Código de Processo Penal, para que as declarações produzidas pelo arguido em fase de inquérito possam ser utilizadas em julgamento como meio de prova, com certos limites. Mário Ferreira Monte adianta-nos também em primeira mão, uma vez que se trata de um artigo inédito, gentilmente por ele

²¹⁶ “O agente policial não está impedido de depor sobre factos de que tenha conhecimento directo obtido por meios diferentes das declarações do arguido no decurso do processo, ainda que as tenha ouvido e que elas não possam ser lidas em audiência” Acórdão do STJ n.º 97P152 de 22-05-1997. <http://www.dgsi.pt>, acedido em 28/01/2011.

²¹⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, Sub Júdice, provas e sinais n.º 4, 1992.

cedido que “ o Governo acaba de anunciar o seu propósito de anunciar esta ideia em Lei e, com isso, ultrapassar o desiderato que tem impedido, graças fundamentalmente ao direito de silêncio que o arguido sempre pode invocar em sede de julgamento, de se reproduzirem aquelas declarações”²¹⁸, porquanto segundo o autor com base nestas “propostas está a constatação de que em causa, com a impossibilidade de valoração de declarações prestadas em fase anterior ao julgamento, quando, neste, o arguido se remete ao silêncio, pode estar a realização da justiça penal, a prossecução dos fins do processo penal, a impossibilidade de ‘ditar a justiça no caso concreto, descobrir a verdade material, punir os criminosos, responder aos anseios da comunidade e da vítima em verem punidos os agentes dos crimes, assim se logrando a pacificação social’. Mas também é verdade que na justificação de um tal desiderato estão princípios e direitos fundamentais do processo penal que, igualmente, visam uma solução mais justa para o caso: o princípio da presunção de inocência, da não auto-incriminação, do contraditório, o direito de defesa e o direito ao silêncio”.

Deste congresso anual dos magistrados como nos esclarece Mário Ferreira Monte foi encerrado o relatório do grupo de trabalho do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais e no documento Linhas de Reforma do Processo Penal podemos ler que “o problema da valoração, em julgamento, de provas produzidas em fases anteriores foi objecto de análise, tendo-se concluído o seguinte: ‘(...) propor a possibilidade de aproveitamento em audiência das declarações do arguido anteriormente prestadas, mesmo que se remeta ao silêncio ou esteja ausente, quando se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

(I) Terem sido prestadas perante juiz, na presença do seu defensor; (II) O arguido tiver sido advertido de que as suas declarações podem ser usadas em audiência de julgamento mesmo que se remeta ao silêncio ou esteja ausente; (III) As declarações tiverem sido gravadas em áudio e vídeo, pelo menos em regra; (IV) O arguido tiver sido informado por escrito, aquando da prestação de T.I.R., do efeito legalmente reconhecido às suas declarações no caso de a audiência ter lugar na sua ausência. O não respeito por tais requisitos terá como consequência a impossibilidade de utilização de tais declarações (proibição de prova)²¹⁹.

Contudo, existe um assunto importante que temos que nos debruçar porque se o arguido, apesar de prestar declarações em fase anterior ao julgamento mesmo que seja perante

²¹⁸ MÁRIO FERREIRA MONTE, O problema do “ônus” de prova e da oneração do direito probatório em processo penal. Em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal: – reflexão a partir do direito luso-brasileiro, texto escrito para homenagear o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, 2011.

²¹⁹ *Idem*.

autoridade judiciária e optar pelo silêncio no julgamento e não consentir a reprodução dessas declarações, estas não só não podem ser reproduzidas como não podem inevitavelmente ser valoradas. Nesse caso, Mário Ferreira Monte²²⁰ levanta uma questão: “não se deveria caminhar no sentido de admitir a leitura de declarações do arguido, quando estas tiverem sido feitas perante autoridade judiciária, mesmo que o arguido opte pelo silêncio na audiência, em certos crimes, sobretudo graves?” Ao que responde dizendo que “a leitura de declarações do arguido, prestadas perante juiz, só é possível se houver discrepância entre as que constam nos autos e as que ele declara na audiência. Mas se ele optar pelo silêncio, isso já não é possível.” Pelo que “é sabido que em certo tipo de crimes as testemunhas têm um receio fundado de prestar depoimento. É consabido que a proteção de testemunhas nem sempre resolve o problema. É de senso comum que uma absolvição nesse caso, por impossibilidade de serem usadas as declarações do arguido que confessa o crime, pode funcionar como uma solução perversa, inclusivamente encorajadora de no futuro aquele praticar os mesmos ou outros crimes com o cuidado de não deixar testemunhas, eliminando-as, se necessário for, durante a execução do crime.”

Sobre a matéria da imputação, o arguido goza do direito ao silêncio e não lhe é exigível o cumprimento do dever de verdade. O comportamento do arguido não o responsabiliza criminalmente quando se traduzir no silêncio quanto aos factos que lhe foram imputados e quanto ao conteúdo das declarações que acerca deles prestar, logo o silêncio não pode desfavorecer o arguido total ou parcialmente. O silêncio não pode ser factor de determinação da pena concreta²²¹.

Se o arguido tem o direito ao silêncio, as declarações anteriormente prestadas por ele não podem ser tidas em conta. As proibições de leitura de protocolos relativos a declarações do arguido, quando na audiência de julgamento este use o direito ao silêncio permanecem²²².

O arguido nas situações em que confessa a autoria do crime de que é suspeito, a sua colaboração na diligência reconstrutiva é vista como uma garantia de autenticidade, como refere Eurico Duarte²²³, logo a questão que se coloca é a de saber se pode o arguido ser

²²⁰ MÁRIO FERREIRA MONTE, O problema do “ônus” de prova e da oneração do direito probatório em processo penal. Em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal: – reflexão a partir do direito luso-brasileiro, texto escrito para homenagear o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, 2011.

²²¹ MARIA JOÃO ANTUNES, Sub Júdice, provas e sinais n.º 4, 1992.

²²² *Idem*.

²²³ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 45.

forçado a participar nesta investigação, uma vez que o direito à não auto-incriminação proíbe que o Estado possa exigir do indivíduo a colaboração na sua própria incriminação, como podemos extrair dos artigos 1.º e 32.º n.º 2 da CRP, do artigo 14.º n.º 3 al. g), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e dos artigos 61.º n.º 1 al. d) e 343.º n.º 1 do CPP, fornecendo elementos de prova que possam servir para fundamentar uma eventual condenação.

Forçar o arguido a fazer uma demonstração dos factos que lhe são imputados consistiria numa violência inadmissível para a nossa ordem jurídica. Consequentemente, sendo proibida a prova, nos termos do artigo 126.º n.ºs 1 e 2, alíneas. a), c) e d) do CPP, sempre que “para criar os pressupostos de facto necessários à reconstituição, tiver sido utilizado qualquer meio que afecte a liberdade de determinação, o consentimento ou a disponibilidade do arguido para a participação na reconstituição do facto”²²⁴.

Na realidade, o que os artigos 61.º, n.º 1 al. d) e 343.º, n.º 1 do CPP proíbem é que o arguido seja obrigado a responder a perguntas e a prestar declarações, consagrando assim o direito ao silêncio.

Mas nada impede que o arguido possa ter que se submeter a “ diligências de prova (...) ordenadas e efectuadas por entidade competente” (al. d) do artigo 61.º, n.º 3), é o caso da reconstituição, respeitando a ordem dos artigos 32.º, n.º 8 da CPP e 126.º do CPP.

O arguido pode ser forçado a comparecer a essa diligência e até mesmo a participar de forma passiva, sob pena de incorrer em desobediência do artigo 348.º do CP, mas já não a de colaborar activamente, logo, admitimos a obrigatoriedade da comparência, mas em caso algum da participação²²⁵.

A confissão, os resultados dos interrogatórios ou a prova testemunhal de nada valem se não forem repetidos na audiência.

O direito ao silêncio tem uma componente positiva e uma componente negativa, visto que na primeira é dado ao arguido a faculdade de se manter calado ao longo de todo o processo e especialmente na audiência de julgamento, conforme os artigos 61.º, n.º 1 al. d) e

²²⁴ Acórdão do STJ de 05-01-2005. <http://www.dgsi.pt>, acedido em 28/01/2011.

²²⁵ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 46.

artigo 343.º, n.º 1 in fine do CPP, sem que esse comportamento seja interpretado em seu desfavor, uma vez que beneficia do direito à não auto-incriminação e presunção de inocência. Na segunda componente, o direito ao silêncio faz com que mesmo que o arguido não tenha optado por exercer este direito no inquérito ou instrução, se o fizer em julgamento, nada do que disse anteriormente poderá ser lido na audiência ou constituir objecto de depoimento indirecto, artigo 357.º, nºs 1 e 2 do CPP²²⁶.

Desde a reforma de 2007 o legislador quis pôr termo à jurisprudência que vinha aceitando o aproveitamento em audiência do registo audiovisual do depoimento feito pelo arguido durante a reconstituição, mesmo tendo recusado prestar declarações no julgamento, em violação do direito ao silêncio e do princípio da imediação²²⁷.

Para Paulo Pinto de Albuquerque²²⁸, sempre que a diligência tiver sido filmada sem som, fotografada ou o seu curso descrito em auto, ou seja desde que não haja registo de declarações, podem ser aproveitados no julgamento. O que talvez não seja assim tão linear. Pois como diz o provérbio "uma imagem vale por mil palavras", logo se o arguido assumir uma tendência incriminatória, de natureza confessional, com a simples condição de não ser possível o acesso às palavras que disse na diligência, não se tornaria menos comprometedor.

Quando se documenta a confissão para ser usada em julgamento, retiram-se as devidas ilações auto-incriminatórias e o valor deste meio de prova acaba por sair reforçado, pelo realismo que transmite. Tudo isto em nome de uma eficácia a qualquer preço, que não se compadece com o respeito pelas mais elementares garantias de defesa do arguido. O arguido é considerado, não como um objecto de prova, mas como um sujeito do processo e acima de tudo como pessoa, cuja dignidade não pode ser posta em causa pelo facto de ser suspeito da prática de um crime²²⁹.

O primeiro momento do interrogatório prende-se com a identificação do arguido. De todas as perguntas que são feitas pelo JIC, as que dizem respeito a este momento são as únicas às quais o arguido é obrigado a responder, decorrência dos artigos 61º, n.º 3 al. b) e 141º, n.º 3 do CPP.

²²⁶ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 52.

²²⁷ *Idem*, p. 52.

²²⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código do processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*, 2º Edição, Lisboa, 2008, p. 420.

²²⁹ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 63.

O facto de se exigir resposta acerca dos antecedentes criminais já suscitou a inconstitucionalidade dos artigos supra citados, pois o problema que se levanta seria relacionado com a violação da presunção de inocência prevista no artigo 32.º, n.º 2 da CRP. O qual parece merecer acolhimento por parte do TC ao adoptar no acórdão 372/98 uma interpretação desta eventual inconstitucionalidade²³⁰.

O passado criminal em nenhum outro aspecto colide com uma avaliação actual da sua responsabilidade, pelo que, tal como fez o TC temos de concluir pela constitucionalidade dos artigos 61.º, n.º 3 al. b) e 141.º, n.º 3 do CPP.

Passemos então aos casos em que a lei processual penal impõe a colaboração do arguido, estando a decorrer um processo criminal: Dever de sujeição do arguido a exames, artigo 172.º, n.º 1 do CPP e a diligências de provas previstas na lei, artigo 61.º, n.º 3 al. d) do CPP; O dever do arguido responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade, e quando a lei o impuser sobre os seus antecedentes criminais, artigo 61.º, n.º 3 al. b) do CPP, sob pena²³¹ de incorrer no crime de desobediência, artigo 348.º do CP ou falsas declarações, artigo 359.º do CP, caso recuse responder ou minta; O dever do arguido a perícias médico-legais e forenses quando ordenados por uma autoridade judiciária, artigo 6.º da lei nº45/2004 de 29 de Agosto.

3.4. Limites do exercício do direito ao silêncio

Como já foi dito anteriormente, segundo a lei, o silêncio não pode implicar consequências desfavoráveis para quem o invoca, ou seja, o silêncio não é valorável, não podendo ser sujeito ao princípio da livre apreciação da prova, seja total ou parcial.

²³⁰ Segundo o acórdão: «(...) não pode aqui afirmar-se a violação da presunção de inocência do arguido: não se trata agora de utilizar as declarações deste como meio que pode influenciar a prova... mas tão somente de recolher elementos indispensáveis sobre a situação criminal do arguido, uma vez que o processo não está ainda em condições de ter adquirido tais elementos. (...) Com efeito após o primeiro interrogatório judicial do arguido, se o processo tiver de continuar, o juiz tem de tomar uma decisão sobre as medidas de coacção que deverá impor ao arguido e, para tomar tal decisão, é fundamental saber quais são os seus antecedentes criminais, uma vez que o conhecimento destes não pode deixar de relevar para a escolha da adequada medida de coacção processual.»

²³¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *curso de processo penal* (2ªed.) III, verbo, Lisboa, 2000, p. 239.

Daí que o STJ entenda que o exercício de tal direito jamais poderá ser interpretado e valorado como um indício ou presunção de culpa²³².

O arguido ao ficar calado renuncia revelar elementos que o possam dispensar de responsabilidade, e embora não possa ser prejudicado, também não poderá alcançar qualquer benefício se permanecer em silêncio, pois assim prescinde de circunstâncias atenuantes como a confissão ou o arrependimento²³³.

Existem certas restrições ao direito ao silêncio, bem como ao direito à não auto-incriminação, pois estes não são direitos absolutos e têm que obedecer a certos requisitos, nomeadamente, a existência de uma lei prévia e expressa e o respeito pelo princípio da proporcionalidade²³⁴.

Dentro do nosso código de processo penal, assim como fora dele encontramos limitações a estes direitos, por exemplo: artigo 63.º, n.º 3 do CPP, do dever de resposta como verdade que cabe sobre o arguido no que concerne à sua identificação; da obrigatoriedade de sujeição a exames, artigo 172.º, n.º 1 do CPP, Lei 45/2004 de 29 de Agosto; da obrigação de realizar exames de alcoolemia, artigo 152.º do Decreto-lei nº 44/2005 de 23 de Fevereiro; dos deveres de cooperação do abrigado fiscal perante a administração tributária, assim como outras situações.

O arguido constitui um meio de prova em duplo sentido: material através das declarações prestadas sobre os factos; e formal, na medida em que o seu corpo pode ser objecto de exames²³⁵.

Segundo Figueiredo Dias, o arguido tem o dever de «sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas pela entidade competente», como consagra o artigo 61.º, n.º 3 d) do CPP.

Nos termos da lei, essa sujeição não deve ser conseguida mediante ofensa à integridade física ou moral das pessoas, sob pena de a prova ser considerada proibida e nula nos termos do artigo 126.º do CPP.

²³² Acórdão STJ, de 14/04/1993, que entende, que é nula a sentença baseada no que o arguido e as testemunhas «disseram e não disseram» em audiência.

²³³ Neste sentido, Acórdão STJ de 20/02/2008.

²³⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 44-45.

²³⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Curso de (...)*, p. 437-438 *apud* TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 133.

As opiniões dividem-se relativamente às diligências de prova, e há quem defenda não ser possível invocar o direito ao silêncio visto que o artigo 60.º do CPP, ao conceder um rol de direitos e deveres ao arguido ressalva que as diligências probatórias não podem ser por eles prejudicadas²³⁶.

Segundo Sofia Saraiva de Menezes, esta será a posição correcta, até porque o direito ao silêncio é apenas o direito que assiste ao arguido de não lhe ser extorquida uma confissão²³⁷. Como refere a autora “ao admitirmos o contrário, estaríamos a favorecer um efeito dominó em relação às provas pessoais cujo resultado seria totalmente fraudulento para o sucesso da investigação criminal: a descoberta da verdade material ficaria assim irremediavelmente comprometida”.

É muito discutido na doutrina se a incidência do direito ao silêncio ultrapassa todo o conteúdo do interrogatório ou apenas parte dele. A maioria diz que o arguido só pode invocar o direito ao silêncio com respeito às perguntas relativas ao objecto do processo, ou seja, sobre o facto em averiguação e as circunstâncias em que ocorreu. Logo não poderia permanecer em silêncio quando fosse questionado sobre a sua qualificação, incorrendo assim em responsabilidade criminal, e também não poderia mentir sobre tais aspectos.

Se o arguido calar ou mentir, incorrerá em crime de desobediência, decorrente do art. 348.º do CP, ou falsas declarações, segundo o art. 359.º do CP, uma vez que “[...] recai sobre o arguido um dever de dizer a verdade”²³⁸. Segundo Figueiredo Dias, o interrogatório começa por estabelecer a identidade e os antecedentes criminais do arguido, como refere o artigo 342º do Código Processo Penal, logo relativamente a esta matéria recai sobre o arguido um dever de dizer a verdade, cujo incumprimento não é sancionado processualmente, mas sim punível como crime autónomo de desobediência, artigo 348º do Código Penal.

Desobedecer é faltar à obediência devida, o artigo 348º do Código Penal incrimina a pura desobediência, a desobediência entre si, desligada de quaisquer consequências; a desobediência sem violência, sem distúrbio da ordem e tranquilidade públicas.

Faltar à obediência devida não constitui, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de

²³⁶ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «Supervisão do Mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação», in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 95-100.

²³⁷ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 134-135.

²³⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 445.

duas fontes: ou uma disposição legal que comine a sua punição; ou na ausência desta, a cominação feita pela autoridade competente para ditar a ordem ou o mandado.

Em suma, ou toda a desobediência tem dignidade penal e cabe ao juiz determinar a insignificância do facto ou a escassíssima culpa podem levar à impunidade ou à dispensa de pena.

O crime de desobediência tanto pode ser cometido por acção como por omissão. No primeiro caso pune-se a actividade que contrarie uma ordem ou mandado legítimo. No segundo sanciona-se o simples deixar de fazer aquilo que foi legitimamente ordenado ou mandado, independentemente das consequências ou do resultado.

O processo penal pode ser emitido contra alguém que nem sequer se sabe o nome, mas que seja identificado como o autor dos factos, assim sendo, o que realmente representa pressuposto processual é a identidade física do arguido.

Poderá haver ruptura da tutela do direito ao silêncio em certas situações que se fornecem os dados pessoais? Pensamos que não seja muito correcto que o arguido no momento de revelar a sua identificação permaneça calado, até porque tais respostas poderão evitar confusões acerca da sua identidade. É importante que a pessoa se identifique perante a autoridade interrogante, mas se disser o nome, filiação, data e lugar de nascimento e residência é o suficiente para que os OPC possam investigar, não sendo necessário desta forma exigir mais dados ao arguido, porque aí sim seria obrigá-lo a colaborar com a justiça. O arguido tem o dever de fornecer os seus dados pessoais correctamente, senão poderá incorrer em crime se acusar outra pessoa falsamente²³⁹.

Como sabemos, o arguido quando não opta pelo silêncio não tem a obrigação de dizer a verdade, ao contrário do que é exigido às testemunhas, uma vez que não se lhe pode exigir que colabore com a justiça, ou obrigar a apresentar elementos que contribuam para a sua auto-incriminação. Logo a questão que colocamos é, se o arguido tem o direito de mentir? E a resposta é não, definitivamente²⁴⁰.

Contudo, a liberdade que existe nas declarações do arguido abrangem, se tal lhe parecer mais conveniente para a sua defesa, a hipótese de falsidade. Ou seja, o arguido pode

²³⁹ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 149.

²⁴⁰ *Idem*, p. 154.

omitir a verdade, usando a verdade como estratégia defensiva. No entanto, o uso da mentira deve ser meramente exculpatório, pois se usar a mentira para acusar falsamente outra pessoa ou a si mesmo, a situação será diferente, uma vez que não está a agir na sua própria defesa e prejudica o interesse do Estado em descobrir a verdade sobre os factos²⁴¹.

Mas consideramos que é impensável alguém ser obrigado a não poder invocar o direito ao silêncio quando é testemunha num processo e arguido num outro a decorrer paralelamente. Pois aquilo que disser como testemunha poderá ser valorado no outro processo como arguido. O direito à não auto-incriminação assiste tanto a arguidos como a testemunhas.

Para António Pedro Barbas Homem, a “verdade brilha e guia a nossa liberdade e a nossa vontade”, ao passo que a mentira, ao contrário, “conduz-nos à escuridão e ao vazio”²⁴². De acordo com esse autor, “o problema da verdade antecede o da justiça”, daí concluir-se que “uma decisão não pode ser justa se não for verdadeira”²⁴³. Por estas razões, o autor chegou à conclusão de que, diferentemente do silêncio e de ficar calada, uma pessoa acusada de praticar um crime, não pode, diante de um juiz, mentir, “pois tal significava aceitarmos a mentira como critério de organização da sociedade”²⁴⁴.

Como diz Pedro Reis, “é de ter-se sempre em conta que onde o silêncio for útil, não se justifica a mentira”, pelo que “do direito de calar não decorre um direito de falsear uma declaração”²⁴⁵.

Germano Marques²⁴⁶ e Figueiredo Dias manifestam que embora o arguido não tenha um compromisso com a verdade também não tem um direito de mentir. Pois se o arguido mentir e for descoberta a mentira, “[...] não deve ser valorada contra ele, quer ao nível substantivo autónomo das falsas declarações, quer ao nível dos direitos processuais daquele”²⁴⁷. Embora possam ser imputadas ao arguido outro tipo de falsas declarações, tais como denúncia caluniosa (art. 245.º CP) ou difamação (art. 407.º CP).

²⁴¹ TÂMARA FILIPA FERREIRA ALVES FERNANDES, *O conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, Universidade Lusíada do Porto, 2010, p. 114.

²⁴² ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *O que é o direito?* Lisboa: Principia Editora, 2007, p. 66.

²⁴³ *Idem*, p. 67.

²⁴⁴ *Idem*, p. 67.

²⁴⁵ PEDRO REIS, «Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico» in *FDUL*, Coimbra Editora, p. 457 e 462.

²⁴⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, vol. I, Lisboa: editorial verbo, 2000, p. 297.

²⁴⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 451 e Acórdãos do STJ de 12-03-2008 e de 03-09-2008 acedidos em 20/02/2011.

Adriana Ristori informa que “ A inexistência do dever de dizer a verdade é uma das decorrências do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Afasta-se, portanto, o juramento, não sendo admissível a aplicação de sanção com relação às mentiras, mesmo porque não podem ser valoradas, seja como indício de culpabilidade, seja para agravação da pena”²⁴⁸. E mais confirma Teresa Beleza ao dizer que “O nosso código de processo penal estatui que nunca no nosso processo o arguido é submetido a juramento – ainda que porventura o queira, isso não é legalmente possível”²⁴⁹.

Cavaleiro de Ferreira explica que apesar de não haver direito de mentir, a sanção pode ser suprimida caso o arguido recorra, pois segundo ele, “ [...] 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”²⁵⁰.

Para Castanheira Neves, a personalidade do arguido pode ser definida pelo tribunal se este fizer declarações falsas, mas concorda que a mentira é isenta de punição, já que “ [...] o que igualmente ninguém hoje exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório, é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora”²⁵¹. E prossegue ao dizer que “[...]a declaração falsa que o réu [*rectius*, arguido] por ventura faça no seu interrogatório é universalmente isenta de punição – o tribunal limitar-se-á a não considerar essas declarações falsas, embora já possa atender a elas, sempre naturalmente referidas às circunstâncias em que lhe foram feitas e ao modo como o réu [*rectius*, arguido] as produziu, como no factor na ponderação da personalidade deste. Poderá dizer-se que o réu [*rectius*, arguido] é posto aqui, pelo princípio e dever da verdade, numa situação-limite, e que a sua reacção será apreciada jurídico-processualmente segundo um critério de não exigibilidade”²⁵².

O Supremo Tribunal de Justiça, muito embora aceite não existir na legislação portuguesa “um direito a mentir”, afirma, por outro lado, ao arguido, o direito de não sofrer qualquer punição se assim o fizer, quando diz: “VI – O direito ao silêncio não pode ser valorado contra o arguido. Porém, a proibição de valoração incide apenas sobre o silêncio que

²⁴⁸ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 155.

²⁴⁹ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 49.

²⁵⁰ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, v. I, Lisboa, 1955, p. 152.

²⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, 1968, p. 175-176.

²⁵² *Idem*, p. 176.

o arguido adoptou como estratégia processual, não podendo repercutir-se na prova produzida por qualquer meio legal, designadamente a que venha a precisar e demonstrar a responsabilidade criminal do arguido, revelando a falência daquela estratégia; VII – Inexiste no nosso ordenamento jurídico um direito a mentir; a lei admite, simplesmente, ser inexigível dos arguidos o cumprimento do dever de verdade. Contudo, uma coisa é a inexigibilidade do cumprimento do dever de verdade e outra é a inscrição de um direito do arguido a mentir, inadmissível num Estado de Direito; VIII a XVIII (...)”²⁵³.

Diante tudo o que foi dito, não há um direito a mentir. O arguido pode ocultar a verdade utilizando a mentira como estratégia defensiva, embora o mais razoável seria o arguido optar validamente por não responder, diante da eventual mentira²⁵⁴.

Figueiredo Dias define que a função essencial do processo penal “ [...] cumpre-se na decisão sobre se, na realidade, se realizou em concreto um tipo-legal de crime e, em caso afirmativo, na decisão sobre a consequência jurídica que dali deriva”²⁵⁵. Uma vez que o objectivo do processo penal é alcançar a verdade, pois quando reconstrói a história da prática de um crime, procura delimitar a sua existência, identificar quem cometeu o crime e aplicar a pena adequada. É ao Estado que cabe a tarefa de administrar e realizar a justiça. É ao Estado que pertence procurar as provas necessárias para a investigação do facto ilícito.

Numa visão mais filosófica assevera António Homem que “através da valoração moral procura-se assegurar-se o predomínio da consciência sobre as acções políticas, de modo a evitar que a utilidade do Estado permita aos políticos e aos cidadãos a prática de actos imorais ou desonestos”. Condena, assim, que “um dos primeiros deveres de um homem é o de falar a verdade e evitar a mentira”²⁵⁶. E permanecendo neste caminho acrescenta ainda que “Tratando dos deveres dos homens em matéria de justiça identifica o dever de falar a verdade como um dever universal, porque o seu incumprimento significa a violação dos direitos inatos de todos os cidadãos ao uso da língua; deste modo, a veracidade como dever corresponde a um direito inato do espírito: quando se engana a alguém estamos a ofender os direitos inatos dos outros; a veracidade obriga a dizer a verdade, mas não obriga a falar. Podemos assim

²⁵³ Acórdão STJ, processo n.º 08P694 de 12.03.2008, <http://www.dgsi.pt>, acedido em 28/03/2011 e acórdão do STJ de 03-09-2008.

²⁵⁴ CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, 1968, p. 175.

²⁵⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 36.

²⁵⁶ ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *História das relações internacionais. O direito e as concepções políticas na idade moderna*, Lisboa: Almedina, 2009, p. 157.

distinguir a identificação clara a um dever de falar verdade e de um direito ao silêncio, mas não de um direito de mentir”²⁵⁷.

O nosso CPP no interrogatório não tem um procedimento colaboracionista, pois encontra-se abrangido pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. A CRP estabeleceu o princípio do acusatório, e uma das consequências, é que o arguido não pode ser visto como a pessoa que “ [...] mais há para contribuir e iluminar o julgador com os seus conhecimentos”²⁵⁸. Uma vez que ele é livre de responder ou não, não se podendo contar com a sua colaboração.

Diz Teresa Beleza que “ [...] a pretensão punitiva do Estado não deve levar à exigência de colaboração sancionável do próprio acusado, nem este pode ficar minimamente diminuído nas suas possibilidades de defesa [...] o arguido silencioso não pode ser prejudicado por não querer colaborar na sua própria condenação, nem na sua própria absolvição. Ele pode comportar-se como mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo responsável por essa atitude passiva (não tem o dever de colaborar) nem podendo ser por ela penalizado (não tem o ónus de colaborar)”²⁵⁹.

Do latim *veritate*, verdade significa conformidade com o real, exactidão, realidade. Figueiredo Dias, defende que “ [...] a relação intercedente entre o arguido e a finalidade de obtenção da verdade que o processo penal visa se encontra como que ‘cortada’ – no sentido de que aquele não é obrigado a participar nesta finalidade através das suas declarações e não é, portanto”²⁶⁰, destinatário próprio do respectivo ‘dever de colaboração na administração da justiça penal’.

Contudo, coloca-se a questão de como extrair o conhecimento do arguido sem ofender a sua liberdade, sem perturbar a sua dignidade? Nas palavras de Gomes Canotilho “ [...] considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular [...] A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

²⁵⁷ ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *História das relações internacionais. O direito e as concepções políticas na idade moderna*, Lisboa: Almedina, 2009, p. 157.

²⁵⁸ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 49 e 50.

²⁵⁹ *Idem*, p. 49-50.

²⁶⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 448.

A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidades diversas nem sempre diferenciadas com clareza”²⁶¹.

Existiram sempre conflitos entre direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente protegidos. Segundo Tâmará Fernandes “ A resposta a estes problemas gera conflitos, porque estão aqui em causa dois, ou mais direitos fundamentais ou direitos constitucionalmente garantidos. É admissível o sacrifício, ou limitação, de um direito fundamental em prol da protecção de outro direito fundamental, uma vez que não existem direitos absolutos. Existe portanto, um interesse individual por parte do arguido, em não produzir prova que lhe seja desfavorável, e o interesse da sociedade em administrar justiça”²⁶². Contudo, pensamos que, o acto do interrogatório carece da participação activa do arguido, sendo que a sua participação irá depender do seu consentimento, após lhe ser explicado que tem o direito de se remeter ao silêncio, evidenciando-se sempre que o mesmo esteja liberto de qualquer tipo de imposição que possa diminuir a sua liberdade de autodeterminação.

Antigamente, Beccaria defendia o abandono da tortura, uma vez que esse não seria o caminho indicado para o descobrimento da verdade, e desde essa época foi facto assente que o réu não se auto-incriminasse, embora restasse a ideia de colaboração no processo penal.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem significados diferentes. O direito de não ser interrogado pelo juiz, o direito de não se auto-incriminar e o direito ao silêncio²⁶³. Por um lado o arguido tem como obrigação perante o Estado de fornecer os seus dados de identificação civil correctamente, embora no interrogatório o seu silêncio seja limitado aos factos que o possam incriminar.

O Processo Penal encontra-se no impasse entre o interesse do Estado de punir o autor de um crime e o interesse da pessoa em preservar a sua liberdade. Mas não se pode impor ao arguido um dever de colaboração e de verdade. Assim sendo, cabe ao Estado promover a procura da verdade pelos seus próprios meios, uma vez que vigora o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, não terá a colaboração do acusado. Segundo Vittorio Grevi, o direito de não colaborar com a justiça por parte do arguido, é um direito cívico típico do processo

²⁶¹ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1270.

²⁶² TÂMARA FERNANDES, *O conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, Porto, ULP, 2010, p. 117.

²⁶³ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 161.

acusatório. O objectivo é proteger a liberdade de autodeterminação do arguido, cabendo-lhe a ele, a escolha entre colaborar ou não, com o Estado na descoberta da verdade²⁶⁴.

Recusar-se a falar é um direito que se tem, em democracia e no Estado Português, ser arguido ou testemunha processual confere o direito ao silêncio. Quando o silêncio for a regra para se condenar alguém, então a democracia está em perigo.

3.5. As declarações do co-arguido

Encontra-se finalmente regulada no n.º 4 do artigo 345.º do CPP aditado pela reforma de 2007, a matéria do valor probatório das declarações de co-arguido, segundo a norma em apreço “ 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 perguntas²⁶⁵ formuladas nos termos dos n.ºs 1 e 2.” O que significa que o exercício do direito ao silêncio por parte do arguido quando confrontado com as declarações que haja feito²⁶⁶ contra o seu parceiro, impede que as mesmas possam ser valoradas pelo tribunal.

A dúvida que se coloca é: será o n.º 4 do artigo 345.º do CPP também aplicável à reconstituição do facto na qual tendo participado um dos arguidos, sejam os outros inculcados pela versão reconstituída daquele? Se assim for, o arguido colaborante não pode deixar de se sujeitar ao contraditório, sob pena de proibição da valoração desse meio de prova para fundamentar a formação da convicção do tribunal²⁶⁷.

E se nenhum dos co-arguidos participar na reconstituição, mas esta for baseada em declarações anteriormente prestadas por um deles com prejuízo dos outros? Produzirá o artigo 345.º, n.º 4 um efeito à distância?

Os efeitos daquela proibição de valoração limitam-se ao acto no qual o arguido tenha participação directa. A reconstituição pode visar testar a sua credibilidade.

²⁶⁴ VITTORIO GREVI, *Nemo tenetur se detegere: interrogatório del imputato e diritto al silenzio nel processo penale Italiano*, Milano, Dott à Giuffré Editore, 1972, p. 76-77.

²⁶⁵ Acórdão do STJ de 12-03-2008 acedido em 20/02/2011.

²⁶⁶ Aqui o que devemos saber é se essas declarações podem ter sido prestadas em fase anterior à audiência de julgamento. Uma vez que o art.º 357.º, n.º1 não as distingue, as que são desfavoráveis ao arguido ou as que o sejam a respeito dos co-arguidos. Logo se o arguido pedir para que o que disse no inquérito ou instrução seja lido, pode fazê-lo em prejuízo dos outros arguidos – al. a) do n.º1.

²⁶⁷ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 60.

Se os resultados obtidos comprovarem a possibilidade de os factos terem acontecido conforme o arguido os relatou, não deixa de constituir um meio de prova válido e utilizável, independentemente da posição que venha a adoptar em audiência, e ainda que dela resultem implicações para os restantes co-arguidos²⁶⁸.

Segundo Eurico Duarte²⁶⁹, o princípio do contraditório não impõe ir tão longe. A prova produzida desta forma vale, já não como declarações do co-arguido, mas como reconstituição a cargo de um órgão de investigação, ficando fora do alcance do artigo 345.º, n.º 4 do CPP.

O arguido tem obrigação de responder a perguntas que digam respeito à responsabilidade de terceiros? É muito difícil declarar sobre a responsabilidade de terceiros sem que essa explicação comprometa a situação do acusado, porque desta forma haveria uma certa dificuldade em distinguir a responsabilidade do arguido e de terceiros, o que iria atribuir a dimensão desse direito ao silêncio a essas perguntas, não podendo ser delimitado apenas às declarações acerca de factos referentes à responsabilidade própria²⁷⁰.

Em relação aos depoimentos de co-arguidos, garante Teresa Beleza “ [...] trata-se em meu parecer, de uma prova que merece reservas e cuidados muito especiais na sua admissão e valor, dada a sua fragilidade”. Afirmando ainda que “ [...] o valor probatório do depoimento de um co-arguido no que aos restantes diz respeito é legítimo objecto de assaz diminuída credibilidade”. Além de que se não é um depoimento “ [...] controlado pela defesa do co-arguido atingido nem corroborado por outras provas, a sua credibilidade é nula”²⁷¹. O co-arguido que no seu depoimento seja afectado por outro não pode ser prejudicado quando esse se recuse no exercício do direito ao silêncio a prestar esclarecimentos. “ [...] A garantia do contraditório não é assegurada em casos em que o depoimento de um co-arguido seja o elemento de prova essencial no sentido de uma condenação”²⁷².

Todos os meios de prova apresentados em audiência implicam a obrigatoriedade de submissão ao contraditório, conforme artigo 327.º do CPP, então é impossível cumprir essa

²⁶⁸ TERESA BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 61.

²⁶⁹ *Idem*, p. 62.

²⁷⁰ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 149.

²⁷¹ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, nº 74, 1998, p. 47- 49 e 58.

²⁷² *Idem*, p. 58-59.

disposição legal em caso de co-arguidos, devido ao direito ao silêncio do arguido. Existem situações de co-arguidos que insistem em denunciar os seus ex-colegas com a intenção de poder obter alguma vantagem ou até o perdão da justiça, e neste caso o depoimento do co-arguido poderá ser uma prova proibida no sentido do art. 126.º, n.º 2 al. e). Como diz Teresa Beleza “a promessa de vantagem legalmente inadmissível será certamente um dos processos mais rotineiros de conseguimento de depoimentos de «arrependimento», que do ponto de vista investigatório possam ser considerados «úteis» - isto é que ajudem a descobrir ou a incriminar co-responsáveis”²⁷³.

Podemos dizer que o depoimento de um co-arguido não deve ser considerado suficiente para sustentar uma condenação.

A escolha do arguido pelo silêncio não pode de forma alguma trazer-lhe consequências desfavoráveis. O único aspecto desfavorável que pode advir do silêncio segundo Figueiredo Dias²⁷⁴, seria que ao calar-se o arguido deixaria de fornecer ao tribunal uma circunstância que poderia servir para justificar, total ou parcialmente o crime, porque só o arguido conheceria tal circunstância, e ao optar pelo silêncio impede que o tribunal a conheça e a considere. Portanto esta seria a única situação desfavorável ao arguido no que toca ao silêncio, porque apenas ele poderia indicar elementos que isentassem a sua responsabilidade.

Ao exercer o direito ao silêncio o arguido não pode suportar uma presunção de culpa. O silêncio nada quer dizer. Como refere Costa Andrade é “[...] ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal ser levado à livre apreciação de prova”²⁷⁵. Por tudo isto, pensar que o silêncio pudesse servir como circunstância para agravar a pena do arguido culpado seria inconcebível. Não há que valorar o silêncio, uma vez que se o arguido não responder a determinadas perguntas isso não significa que nega ou não. O arguido pode começar por responder ao interrogatório, mas mais tarde após algumas perguntas respondidas, desejar permanecer em silêncio, o qual tem todo o direito, não podendo ser-lhe negado, nem sequer o tribunal pode tirar uma conclusão de culpabilidade do arguido. Seja o silêncio parcial ou total, sobre ele não deve haver qualquer tipo de valoração²⁷⁶.

²⁷³ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 45.

²⁷⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 449.

²⁷⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 128.

²⁷⁶ *Idem*, p. 128-129.

O arguido não é obrigado a justificar-se perante uma pergunta não respondida, simplesmente porque está a fazer uso legítimo de um direito, porque se o fizesse estaria a responder à pergunta, ainda que indirectamente. Enquanto Adriana Ristori pensa que “se, em outra época, era possível extrair ilações do silêncio do arguido, hoje deve ser veementemente rechaçada a consignação das perguntas não respondidas, uma vez que o silêncio não pode trazer qualquer consequência desfavorável ao arguido, carecendo, portanto, sentido apor perguntas não respondidas no termo se não podem ser valoradas”²⁷⁷.

Quando a investigação for dirigida contra pessoa certa e determinada, esta terá de ser constituída como arguida e interrogada, o mesmo acontece, se a investigação for dirigida contra várias pessoas, muito embora só uma possa ter cometido o crime, quando as suspeitas recaiam sobre qualquer delas, todas deverão ser constituídas como arguidas e interrogadas, conforme explica Medina Seïça: “hipótese mais complexa surge, porém, quando existem várias pessoas suspeitas de terem cometido o crime, mas em que, de um ponto de vista lógico, a autoria de cada uma exclui reciprocamente a das demais, colocando-se, portanto, o problema da passagem dos suspeitos a arguidos. O critério nestes casos não deve afastar-se das regras que valem em geral: a existência de uma fundada suspeita em relação a vários indivíduos, muito embora se saiba que só um deles pode ter cometido o facto, não pode justificar o adiamento da constituição de arguido, continuando-se as diligências de investigação, na medida em que isso se traduz numa diminuição das garantias dos visados pela investigação”²⁷⁸.

Conforme diz Maria da Graça Azevedo “o interrogatório da pessoa determinada sobre quem recaem essas suspeitas, deve conferir ao arguido uma possibilidade efectiva de se defender, motivo pelo qual, embora a lei processual não defina o momento temporal da sua realização, não deve ser protelado para momento em que o arguido fique impossibilitado de, ainda durante a fase de inquérito, carrear prova que sustente a sua eventual diferente versão dos factos que lhe são imputados”, sendo assim, “só um processo penal que, desde a sua fase preliminar, garanta os direitos de defesa do arguido, é conforme ao princípio constitucional de que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa”²⁷⁹.

²⁷⁷ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 153.

²⁷⁸ MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra, 1999, p. 74.

²⁷⁹ MARIA DA GRAÇA VICENTE DE AZEVEDO, «O interrogatório do arguido na fase de inquérito», in *RDP*, Ano I, n.º 1, 2002, p. 20.

3.6. A garantia do direito ao silêncio e as vítimas

Consideramos que é muito importante numa sociedade civilizada, dispor de uma justiça produtiva e eficaz, e para conseguirmos obter bons resultados temos que resolver o problema da impunidade dos crimes. E para compreendermos melhor, ensina-nos Frederico Isasca que “ [...] se é certo que a reposição do direito se não pode fazer à custa da negação ou da limitação dos direitos de defesa, não é menos verdade que ‘do outro lado’ existe uma vítima que é o suporte individual de um bem jurídico fundamental que foi violado e que espera uma resposta célere e em conformidade como as expectativas – tanto substantivas, como adjectivas – criadas pela Ordem Jurídica. Não podemos pois correr o risco de imolar a realização da justiça na ara dos direitos do arguido, sob pena de total descredibilização do Sistema. Uma tal atitude criaria na vítima e na colectividade um sentimento de absoluta frustração e compreensível revolta, podendo em última instância conduzir a motivações para uma auto-tutela dos interesses ou para formas marginais de ‘justiça’, pondo em causa o próprio Estado de Direito”²⁸⁰.

É através do processo penal, que tem como finalidade, como vimos a dizer ao longo deste trabalho, a realização da justiça e a descoberta da verdade processualmente válida, a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, para o restabelecimento da paz jurídica, que a concretização do direito penal material, a averiguação da existência de um crime e a determinação das suas consequências jurídicas são alcançadas. É verdade que as discussões à volta da verdade material e dos direitos fundamentais dos cidadãos têm levado o restabelecimento da paz jurídica para segundo plano.

O processo penal não pode desiludir as expectativas da sociedade. A este propósito, Francisco Garrett diz que “ [...] O processo penal deve zelar pela confiança da comunidade na ordem dos valores jurídico-penais violados e produzir nos delinquentes uma dissuasão capaz de os fazer arrepiar caminho. Só assim é possível atingir quer a finalidade político-social de restabelecimento da paz jurídica perturbada pelo crime, quer o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade”²⁸¹.

²⁸⁰ FREDERICO ISASCA, «A prisão preventiva e restantes medidas de coacção» in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 103.

²⁸¹ FRANCISCO ALMEIDA GARRETT, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Porto, Fronteira do caos Editores Lda., 2007, p. 27.

No século XX o processo penal foi o processo do arguido, dos seus direitos e deveres, as vítimas quase não tinham lugar no julgamento, uma vez que o que se discutia era a condenação do acusado, logo, o que se tornava mais importante era dar resposta ao agente do crime, através da sua condenação. O que estava em causa era reparar o dano para a sociedade, ou seja “a perturbação da paz pública e a quebra da confiança no direito”²⁸².

Mas a vítima foi, paulatinamente, ocupando um papel na acusação ao lado da acusação pública, e passou a ser considerada sujeito do processo, usufruindo de medidas de protecção. Com esta evolução não quer dizer que a vítima seja o centro do processo penal e a decisão judicial seja orientada para satisfazer a sua vingança pessoal, mas tem que dar resposta ao seu sofrimento, porque por vezes não se trata apenas da reparação social, através de indemnização, mas sim da dignidade da vítima afectada pelo crime. Segundo Fernanda Palma²⁸³ “este objectivo deve ser prosseguido por um Processo Penal público, em que o Estado assuma a reparação dos danos afectados. Porém, a condenação do arguido não deve servir, por si mesma, de reparação do dano da vítima”.

É ao estado que cabe o dever de reprimir os comportamentos ilícitos na medida do possível para a convivência social com o inevitável limite da culpa, mas deve também promover a reparação do dano causado à vítima. Para alcançar este propósito é crucial criar um conjunto de novos mecanismos que reparem a vítima do dano que lhe foi causado e que ao infractor lhe seja retirado o lucro que obteve com tal infracção.

Temos que pensar em reforçar os direitos de participação da vítima no processo especialmente no recurso de decisões que afectem a sua posição processual.

Tendo em conta os novos contornos da criminalidade moderna Figueiredo Dias diz-nos: “ Trata-se, em meu parecer, antes e sobretudo de, no estabelecimento da concordância prática entre os interesses conflituantes, *integrar o interesse das vítimas* reais e potenciais, presentes e futuras, da grande e nova criminalidade. Tem aqui preciso lugar o apelo a uma *acrescida solidariedade* indispensável para oferecer um futuro à humanidade. Por esta via chego à exigência – político-criminalmente imposta – de uma *consideração diferenciada e diversificada* de todo o problema”²⁸⁴, a que propõe que “o ponto de equilíbrio dos interesses

²⁸² FERNANDA PALMA, *A vítima no processo penal*, Jornal Correio da Manhã, Publicação de 30/11/2008.

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS, *O processo penal português: problemas e perspectivas*, in Mário Ferreira Monte (coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 812.

conflituantes já deve ser outro, e diferente, para a grande e nova criminalidade, concretamente, para o terrorismo e a criminalidade organizada. Aqui, as ‘vítimas’, na acepção ampla em que delas venho falando, têm um direito indeclinável a uma proteção reforçada e, consequentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual. Com uma dupla e inultrapassável limitação, em todo e qualquer caso. Logo, a que resulta do respeito pelo *núcleo irredutível da dignidade humana* que pertence também ao criminoso mais brutal e empedernido. E depois, a que deriva da exigência jurídico-constitucional de não diminuição, pela legislação ordinária e pela sua aplicação, ‘da extensão e do alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais’ em matéria de direitos, liberdades e garantias, e portanto também daqueles que pertencem à chamada Constituição processual penal. Através de uma e de outra limitação ficarão preservados, na maior medida possível, os princípios processuais penais clássicos, próprios de um Estado de Direito”.

Assim, segundo Mário Ferreira Monte “cremos que, nesta linha, dentro de certas condições, não é de excluir uma solução segundo a qual as declarações do arguido proferidas em actos anteriores, perante autoridade judiciária, possam ser lidas em audiência – podendo e devendo ser submetidas ao contraditório, e portanto por si rebatidas. Isso devia ser assim em situações em que os interesses das vítimas o imponham”²⁸⁵.

3.7. O direito ao silêncio e as testemunhas

Quando reflectimos sobre o conceito processual de testemunha, temos a ideia de que estamos perante um meio de prova, caracterizado pela idoneidade, para que através das suas declarações, realizadas e produzidas de acordo com os preceitos considerados na lei, produza na mente do juiz a imagem dos factos históricos a demonstrar. A testemunha tem a função “de contribuir com o seu património cognoscitivo para o esclarecimento e resolução do concreto problema que no processo se discute e, em última instância, para a realização de justiça criminal”²⁸⁶.

²⁸⁵ MÁRIO FERREIRA MONTE, O problema do “ônus” de prova e da oneração do direito probatório em processo penal. Em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal: – reflexão a partir do direito luso-brasileiro, texto escrito para homenagear o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, 2011.

²⁸⁶ SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, 2007, p. 18.

A palavra testemunha vem do latim *testis*, que trás a sua origem das palavras *antesto*, *antisto*, que indica o individuo que se coloca em face do objecto e conserva na memoria a sua imagem. O termo *testis*, também deriva do numeral três, indicando a terceira pessoa, o *tertius*, que têm percepção ocasional dos factos sem neles ter um interesse directo²⁸⁷.

Incorrem sobre as testemunhas, que não possam recusar-se a depor ou a prestar informação, os deveres de declarar e “ responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas”, como diz o art. 132.º, n.º 2 do CPP. Estes deveres estão acentuados tanto pela forma do juramento do art. 91.º, n.º 1 do CPP: “ juro, por minha honra, dizer toda a verdade e só a verdade”, como pelas sanções criminais previstas para os casos de incumprimento, art. 360.º do CPP. Embora o assistente e as partes civis não prestem juramento ficam sujeitos ao dever de verdade e à responsabilidade penal pela sua violação²⁸⁸.

O arguido e o co-arguido apenas são obrigados a responder com verdade sobre a sua identidade²⁸⁹, dispondo de um direito ao silêncio em relação aos factos objecto da sua imputação, sendo que “não presta juramento em caso algum”, conforme art. 140.º, n.º 3 do CPP.

Não sendo um sujeito processual a testemunha é um participante *necessário* à realização da justiça, por conseguinte, na realização de uma finalidade que ultrapassa o eventual interesse pessoal na punição do culpado, para se transformar numa tarefa da comunidade organizada em Estado²⁹⁰.

Como refere Castro Luís, “as informações probatórias que o juiz pode adquirir através de documentos escritos, coisa materiais e vestígios, proporcionam, na generalidade das hipóteses, uma imagem muito fragmentária e incompleta dos factos em investigação no processo. Daí a crescente importância da prova *pessoal* na formação do convencimento judicial, no mínimo, enquanto elemento coadjuvante à decisão sobre a culpa e as circunstâncias subjectivas do tipo-de-ilícito”²⁹¹.

²⁸⁷ SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, 2007, p. 22.

²⁸⁸ *Idem*, p. 25.

²⁸⁹ Se o arguido faltar à verdade incorre na pena prevista no artigo 359.º do CP.

²⁹⁰ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Justiça penal internacional e protecção de vítimas-testemunhas por meios tecnológicos», in *BOAdv*, n.º 21, 2002, p. 16.

²⁹¹ NUNO CASTRO LUÍS, «Das testemunhas», in *Memorias do I Congresso de Processo Penal* (coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra, Almedina, 2005, p. 358.

Sandra Silva conclui que “ o reconhecimento da correcta administração da justiça criminal enquanto bem jurídico com dignidade constitucional tem conduzido a doutrina a fundamentar um dever de proteger as testemunhas em risco, mesmo que essa protecção possa *in casu* conflitar com a defesa dos direitos fundamentais da pessoa acusada”²⁹².

O direito ao silêncio actua de forma diferente, em relação às testemunhas, uma vez que não lhes é exigido que respondam às perguntas que as possam auto-incriminar. As testemunhas são obrigadas a responder com verdade sobre os factos que sejam imputados a outrem, salvo em casos em que por lei é preciso manter o segredo. Assim sendo incumbe à testemunha responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas, como resulta do artigo 132.º, n.º 2 do CPP.

O artigo 139.º, n.º 2 do CPP diz-nos que “a protecção de testemunhas e de outros intervenientes no processo contra formas de ameaça, pressão ou intimidação, nomeadamente nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, é regulada em lei especial”, e o n.º 3 acrescenta que nesses casos de protecção “fica assegurada a possibilidade de realização do contraditório legalmente admissível no caso”. Esta era uma matéria nova que se tratou na revisão de 1998. Tal matéria veio ao CPP na sequência da legislação relativa a direitos das testemunhas de outros países.

A Lei 93/99 de 14 de Julho e o Decreto-lei 190/2003 de 22 de Agosto, veio regulamentar a Lei de 1999. A Lei 93/99 afirma “que se entende por testemunhas qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituem objecto do processo”²⁹³, de cuja utilização resulte perigo para si ou para outrem. Rui Patrício²⁹⁴ descreve quatro vertentes da protecção de testemunhas: ocultação e teleconferência, reserva do conhecimento da identidade da testemunha, medidas e programas especiais de segurança e testemunhas especialmente vulneráveis.

As medidas para protecção de testemunhas do artigo 132.º, n.º 2 do CPP e da Lei 93/99 não se destinam unicamente às testemunhas, mas também a outros intervenientes processuais, desde que, como diz no artigo 2º a) da Lei 93/99, se trate de “pessoa que,

²⁹² SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, 2007, p. 36.

²⁹³ MARIA FERNANDA PALMA, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 295.

²⁹⁴ *Idem*, p. 282.

independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo”²⁹⁵.

Não importa que a pessoa que precisa destas medidas de protecção seja vítima ou não, que se assuma ou não assistente, ou simplesmente testemunha, perito ou outro interveniente, importa apenas que possua conhecimento e que veja ameaçados certos bens jurídicos, tais como: a vida, a integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor elevado. E ainda não devemos excluir desta protecção o próprio arguido, e o co-arguido, que veja avançados aqueles bens jurídicos, por força do seu conhecimento sobre os factos objecto do processo.

Voltemos então às quatro vertentes de protecção supra enunciadas por Rui Patrício, que se encontram consagradas na lei: a primeira, a ocultação e teleconferência tem lugar quando o tribunal decide que a prestação de declarações ou de depoimentos que deva ter lugar em acto processual público ou sujeito a contraditório decorra com ocultação de imagem ou distorção de voz, ou ambas, para a testemunha não ser reconhecida, “ sedo certo que a decisão deve fundar-se em factos ou circunstâncias que revelem intimidação ou elevado risco de intimidação, entendendo-se como intimidação toda a pressão ou ameaça, directa, indirecta ou potencial, que alguém exerça sobre a testemunha com o objectivo de condicionar o seu depoimento ou declarações, na definição feita no artigo 2º, alínea b) da Lei nº 93/99”²⁹⁶.

Em segundo lugar encontra-se a reserva do conhecimento da identidade da testemunha, que pode ter lugar em todas as fases do processo, tendo que reunir conjuntamente certos requisitos²⁹⁷, sendo que, é o juiz de instrução que decide a não revelação da identidade da testemunha.

Depois temos as medidas e programas especiais de segurança que de forma breve consistem em: “a) Indicação, no processo, de residência diferente da residência habitual ou

²⁹⁵ MARIA FERNANDA PALMA, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 282.

²⁹⁶ *Idem*, p. 286.

²⁹⁷ “ (i) O depoimento ou as declarações disserem respeito a crimes previstos nos artigos 169º, 299º, 300º ou 301º do CP e no artigo 28º do Decreto-Lei nº 15/93, ou a crimes puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, cometidos por quem fizer parte de associação criminosa, no âmbito da finalidade ou actividade desta; (ii) A testemunha, seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas correrem um grave perigo de atentado contra a vida, a integridade física, a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado; (iii) Não ser fundadamente posta em dúvida a credibilidade da testemunha; e (iv) O depoimento ou as declarações constituírem um contributo probatório de relevo” (MARIA FERNANDA PALMA, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 287.)

que não coincida com os lugares de domicílio previstos na lei civil; b) Ter assegurado transporte em viatura fornecida pelo Estado para poder intervir em acto processual, c) Dispor de compartimento, eventualmente vigiado e com segurança, nas instalações judiciais ou policiais a que tenha de se deslocar e no qual possa permanecer sem a companhia de outros intervenientes no processo; d) Beneficiar de protecção policial, extensiva a familiares ou a outras pessoas que lhes sejam próximas; e) Usufruir na prisão de regime que lhe permita estar isolada de outros reclusos e ser transportada em viatura diferente”²⁹⁸.

Por fim, a protecção de testemunhas especialmente vulneráveis, que se aplica quando um determinado facto processual participe uma testemunha especialmente vulnerável, “o que poderá decorrer, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da sua própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência”²⁹⁹.

4. Consequências da violação do direito ao silêncio

Para demonstrar a veracidade das suas alegações as partes têm o direito de introduzir novas provas no processo com o intuito de formar a convicção judicial. Germano Marques diz que o direito à prova é “ [...] a faculdade que têm os sujeitos processuais de participar activamente na produção da prova, quer requerendo a sua admissão no processo, quer participando na sua produção”³⁰⁰. Existem limites para a admissão e produção de uma prova, não é um direito absoluto. São admitidas as provas que não forem proibidas por lei, como diz o art. 125.º do CPP, mesmo atípicas, ou seja, aquelas não regulamentadas por lei. A regra é a da tipicidade³⁰¹. Logo, as provas proibidas não são admitidas no processo penal, e a fim de não produzirem qualquer efeito deverão ser excluídas.

Existe uma excepção em relação à produção ou valoração de prova proibida quando esta seja necessária para salvaguardar interesses superiores ao processo penal. Tem sido

²⁹⁸ MARIA FERNANDA PALMA, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 288-289.

²⁹⁹ *Idem*, p. 290.

³⁰⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, vol. II, Lisboa: editorial verbo, 2000, p. 116.

³⁰¹ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 40.

objecto de estudo pela doutrina, se para a prevenção de perigos se apelaria a institutos como a legítima defesa e o direito de necessidade, para justificar a utilização de meios de prova proibidos. Portanto, a verdade pode vir a ser sacrificada no caso de não se conseguir alcançar de outra forma que não a produção de uma prova proibida.

Confirma Germano Marques que “ A verdade processual não é um valor absoluto e, por isso, não tem de ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse ‘preço’ é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas”³⁰².

A terminologia para definir as provas obtidas ilicitamente são várias, assim como as posições doutrinárias acerca da sua admissibilidade, podemos encontrar, prova proibida ou proibição de prova, prova ilegal ou ilegalmente obtida, prova ilícita ou ilicitamente obtida, prova inconstitucional, prova nula. Nas palavras de Costa Andrade, fica claro que tratamento deve ser dado às provas ilicitamente obtidas, seja qual for a proibição da sua admissão e a proibição da sua valoração, o termo por ele adoptado é prova proibida, pois para ele “ [...] o que define a proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade”³⁰³.

Mas também se encontram regras de produção de prova que não se propõem criar limites, mas sim “ [...] disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração”³⁰⁴.

A doutrina divide-se em relação à admissibilidade da prova sem observância das regras processuais, e como diz Adriana Ristori “ aqueles que admitem a sua validade e eficácia argumentam que, se a sua introdução no processo foi consentida, é irrelevante a forma como foi obtida”, mas por outro lado considera que “ [...] tais provas não devem ser admitidas, não sendo suficiente a punição daqueles que infringiram o ordenamento jurídico para a produção da prova, pois resulta incongruente que a repressão de um delito se realize diante uma prática ilícita. Não é possível que o Estado-juiz se valha de meios ilícitos para buscar provas para a descoberta da verdade”, embora “ [...] há ainda aqueles que defendem a

³⁰² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal*, vol. II, Lisboa: editorial verbo, 2000, p. 122.

³⁰³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 83.

³⁰⁴ *Idem*, p. 84-85.

inadmissibilidade da prova, em uma visão unitária, acerca da ilicitude material da obtenção da prova, e da sua inadmissibilidade processual, sob o prisma da inconstitucionalidade”³⁰⁵.

Há uma teoria que tende em gerar a ilegalidade, ou seja, se o procedimento inicial violou garantias constitucionais a prova recolhida é inadmissível, assim como todas as que o forem a partir dela, nesse caso, “[...] as provas que atentam contra os direitos de liberdade arrostando um efeito-à-distância que consiste em tornarem inaproveitáveis as provas secundárias a elas casualmente vinculadas”³⁰⁶.

O artigo 122.º, n.º 1 do CPP estabelece que “As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aqueles puderem afectar”, referindo-se ao “efeito-à-distância”, pois segundo João C. Correia “Mais do que uma dependência cronológica exige-se uma dependência real ou efectiva. O acto inválido deve constituir a premissa lógica da actividade sucessiva, de modo que, na sua falta, aqueles também não podem sobreviver autonomamente. Por outras palavras, os dois devem estar interligados por um nexo funcional, que torna a validade de um imprescindível à validade do outro”³⁰⁷.

Como esclarece Costa Andrade “O efeito-à-distância parece, assim configurar um momento nuclear do fim de protecção do artigo 126.º do CPP na direcção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”³⁰⁸.

A nossa CRP determina desde logo que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, segundo o artigo 32.º, n.º 8.

Como comenta Costa Andrade, o legislador português associou as proibições de prova à figura e ao regime das nulidades, isso diante da locução “São nulas todas as provas [...]”,

³⁰⁵ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 166-167.

³⁰⁶ PAULO DE SOUSA MENDES, *As proibições de prova no processo penal*, Separata: Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 152.

³⁰⁷ JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 185.

³⁰⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 315.

no artigo 32.º, n.º 8 da CRP³⁰⁹. Mas as proibições de prova têm um regime próprio, não apenas o das nulidades, e como refere João C. Correia “ [...] as regras gerais sobre as nulidades processuais penais não se aplicam às proibições de prova”³¹⁰. Por outro lado, mesmo sendo nulas podem ser utilizadas “ [...] com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve”³¹¹. Existe então uma distinção entre proibições absolutas³¹² e proibições relativas³¹³.

No artigo 126.º do CPP estão previstas a distinção entre provas de proibição absoluta nos números 1 e 2, e relativas no número 3, logo as obtidas com violação dos números 1 e 2 são nulas não podendo ser utilizadas. No caso do número 3 podem ser obtidas com o consentimento do titular nos termos da lei. A proibição de valoração é a sanção que “está prevista para as provas auto-incriminadoras obtidas à custa de tortura, coacção, ameaças, perturbações da memória ou da capacidade de avaliação, ou meios enganosos”³¹⁴, sendo que “a omissão do esclarecimento só desencadeará a proibição de valoração quando der concretamente causa à declaração do arguido (...) que apela, como correctivos, para circunstâncias como os conhecimentos específicos do arguido, a sua experiencia em matéria de processo penal, estar ou não acompanhado de advogado, etc.”³¹⁵.

Afirma ainda Germano Marques da Silva que “[a] irresponsabilidade pelos próprios actos é própria dos inimputáveis, ou porque não sabem o que fazem ou porque não têm maturidade bastante para dominarem os impulsos naturais. Como é evidente, este pressuposto, não é adequado aos agentes da justiça, sejam quem forem, magistrados, advogados ou funcionários [...] Há erros indesculpáveis, há actos ilegais que nem sequer podem ser atribuídos a erro, mas que constituem desrespeito deliberado dos comandos legais. Nestes casos não se pode mais falar em irresponsabilidade, porque no nosso século não há lugar para

³⁰⁹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 313.

³¹⁰ JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 156.

³¹¹ SIMAS SANTOS E LEAL-HENRIQUES, *Código de processo penal anotado*, Lisboa: rei dos livros, 2000, p. 666.

³¹² Provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa.

³¹³ A intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, uma vez que podem ser produzidas com o consentimento do titular dos direitos em causa, ou ainda com as restrições à inviolabilidade desses direitos conforme o art. 32.º, n.º 2, 3 e 4 da CRP.

³¹⁴ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p. 126-127.

³¹⁵ *Idem*, p. 87-88.

incompetência em domínios que afectem imediatamente direitos fundamentais dos cidadãos”³¹⁶.

Temos que saber distinguir se o vício que desonra a prova é referente à obtenção de uma prova proibida³¹⁷ ou de uma prova admissível³¹⁸, mas produzida sem atender às regras de produção da prova que asseguram a sua realização, sem estar de acordo com a lei. Teresa Beleza explica que “ [...] o artigo 118.º, n.º 3 expressamente declara que as disposições sobre nulidades ‘não prejudicam’ as proibições em matéria de prova. Isto querera dizer que quando o código declara proibidas certas provas (por ex. ‘documento que contiver declaração anónima’ – art. 164.º, n.º 2) ou certos métodos de obtenção de prova (ex. a tortura – art. 126.º n.º 1), teremos de averiguar qual a sanção que o código estabelece para a infracção dessa proibição.

Defende-se doutrinalmente, que excepcionalmente deveria ser admissível a produção de provas proibidas quando tal seja totalmente necessário para a salvaguarda de interesses transcendentais ao processo penal. Para precaver certos perigos, justificar-se-ia o recurso a determinados instrumentos com recurso a meios de prova proibidos, tal como acontece com a legítima defesa e o direito de necessidade. Por exemplo o facto de poder utilizar-se a tortura, se esta for o único modo de localizar um explosivo utilizado pelos terroristas que ameaçam a vida de inúmeras pessoas³¹⁹.

Mesmo se o código declarar as provas ‘nulas’ – como acontece no art. 126.º – essa palavra poderá significar uma coisa diferente do que significa nos artigos 118.º e SS. [...] O código só exclui das regras gerais sobre as nulidades os preceitos legais referentes às

³¹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direitos do Homem, Dignidade e Justiça*, CDHOA, Editora Principia, 2005, p. 97.

³¹⁷ Não podem ser valoradas.

³¹⁸ Mas recolhida com inobservância do modelo legal, há que apontar os vícios que abrangem desde a inexistência à absoluta nulidade.

³¹⁹ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra, 1992, p. 81-83. Vamos reproduzir a nota de rodapé n.º148 de Grinover que pensamos ser bastante interessante e que ocorreu num congresso em 1973: “ Cappelletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse, por meio de uma prova ilegal, saber da existência de uma bomba atómica enterrada no solo de Florença, a prova ilícita deveria ser usada para alcançar o criminoso; Smit respondeu que a prova deveria ser usada apenas para localizar e desmantelar a bomba, mas, desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappelletti indagou, então, qual seria o procedimento, se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que ele planejava destruir Veneza e Paris no dia seguinte, ao que Smit respondeu que casos-limite frequentemente tornam as decisões mais difíceis, mas que um princípio que se defende deve ser aplicado em todos os casos, inclusive nos casos-limite. Mesmo porque, do contrário, estar-se-ia incentivando uma conduta ilegal, praticada na esperança de persuadir o juiz a admitir a prova”. GRINOVER, 1976, p. 145-146, *apud* ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 164.

proibições de prova. Isto é, o Código proíbe certos meios de prova em absoluto, na esteira da Constituição (por exemplo: um diário pessoal íntimo) ou certos métodos de obtenção de prova (a tortura como meio de obter uma confissão, por exemplo). Quanto a outros, a proibição só existe em certas circunstâncias (falta de consentimento, nomeadamente) »³²⁰.

Certo é, que no interrogatório se podem apurar provas sobre o objecto do processo penal, como a confissão. E por esse motivo, não podemos pender em métodos de obtenção de prova que sejam proibidos. Por exemplo, se um arguido for torturado durante o interrogatório, essas declarações que foram produzidas não podem ser utilizadas, pois tratar-se-á de uma prova proibida.

Tendo em conta o legislado no art. 125.º do CPP, a matéria de prova é inseparável do processo justo e leal assente no princípio da dignidade da pessoa humana, logo, consideram-se inadmissíveis os meios de prova que se demonstrem, incompatíveis com o sistema processual vigente.

No entanto, segundo Mário Ferreira Monte o art. 125.º do CPP “[...] nunca poderia ser interpretado no sentido de que em processo penal, para efeitos de provas, o que não for proibido será permitido. Desde logo não poderia ser assim pela própria Constituição”³²¹.

Figueiredo Dias assevera que “Têm de considerar-se proibidos e inadmissíveis em processo penal todos os meios de interrogatório e de obter declarações que importem em ofensa à dignidade 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”³²². Há que identificar quais os actos proibidos por lei para os evitar.

O arguido pode contestar a realização de quaisquer diligências de prova, caso contrário corresponderia a sacrificar a existência dos direitos essenciais à não auto-incriminação e direitos de defesa do arguido, conforme o artigo 32.º, n.º 1, da CRP.

Na realidade, a obrigação que recai sobre o arguido de se sujeitar a diligências de prova tem de ser temperada com o direito fundamental à não auto-incriminação, porque ele

³²⁰ TERESA BELEZA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, n.º 74, 1998, p. 43 e 45.

³²¹ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bocal é prova proibida?”, in *RMP* n.º 108, Outubro-Dezembro 2006, p. 255.

³²² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 454.

não pode ser objecto de prova, instrumento abusivo da própria condenação ou de qualquer outra forma obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade³²³.

São insuportáveis e inaceitáveis quaisquer restrições a direitos, liberdades e garantias fundamentais, pois desrespeitam a dignidade humana, sendo essas provas obtidas por esses meios proibidas.

Sendo o arguido, um sujeito processual e não um objecto, os seus actos devem expressar a sua personalidade de forma livre. Assim como as suas declarações têm que acontecer de livre vontade, a advertência quanto ao direito ao silêncio tem uma importância fundamental, para que o arguido possa optar por colaborar ou não nas investigações. A omissão da advertência viola o *nemo tenetur*, já assim pensava Figueiredo Dias quando diz que “ 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”³²⁴.

No caso do arguido confessar por medo das consequências que possam advir do seu silêncio, ao pensar que lhe possam estas ser desfavoráveis pelo seu comportamento, poderá haver uma violação do direito ao silêncio se a advertência for ineficiente ou incompleta. Embora o arguido receba por escrito, os direitos e deveres que lhe competem, é sempre bom que a autoridade interrogante dê essa informação para que não possam existir dúvidas nem razão à violação do *nemo tenetur*, este princípio tem consagração constitucional e abrange quer a liberdade comunicacional do arguido, quer outras situações de cooperação incriminatória activa com a justiça³²⁵.

O legislador, por forma a esclarecer em que consiste uma ofensa à integridade física, estatui que aqueles que perturbem a liberdade de vontade ou de decisão por maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos, que perturbem, por qualquer meio, a capacidade de memória ou de avaliação, que utilizem a força, fora dos casos e limites permitidos pela lei, que ameacem com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da

³²³ TÂMARA FERNANDES, *O conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, Porto, ULP, 2010, p. 153.

³²⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 447.

³²⁵ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 174.

obtenção de benefício legalmente previsto e que façam promessa de vantagem legalmente inadmissível, praticam o delito em análise³²⁶.

Se alguém for ouvido como testemunha ou suspeito quando deveria ter sido constituído arguido, as suas declarações não podem ser utilizadas, porque também aqui estará a ser violado o direito ao silêncio.

As perguntas que o arguido decida não responder não podem ser objecto de argumentação que lhe seja desfavorável, nem deve servir de fundamento para o condenar. Do silêncio nada se pode extrair. Como atrás referimos o único prejuízo que o arguido poderá ter se optar pelo silêncio é apenas perder a possibilidade de fornecer elementos que poderiam ser vantajosos à sua própria defesa³²⁷.

Normalmente o silêncio não reflecte arrependimento mas antes produz no subconsciente do juiz uma presunção da existência de culpa. Embora, esta interpretação deva ser acompanhada dos demais elementos de prova e ter em conta o princípio da livre apreciação de prova, determinado no art. 127.º do CPP³²⁸.

Em virtude da relação existente entre o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio, enquanto direito de defesa, o direito ao silêncio converge numa opção de tática defensiva do arguido. O direito ao silêncio converge numa garantia de liberdade, oferecendo ao arguido a liberdade de autodeterminação, dando-lhe opção entre o silêncio e a colaboração com o Estado na busca da verdade. Subjacente à ponderação dos bens jurídicos presentes nesta querela, o do direito de defesa do arguido, direito ao silêncio, e o interesse público da descoberta da verdade material, entre outros, as finalidades do processo penal têm um papel preponderante na determinação do mesmo³²⁹.

Como temos vindo a esclarecer uma das finalidades primordiais do Processo Penal dirige-se uma parte, à realização da justiça e à descoberta da verdade material³³⁰, outra parte à protecção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas e, ainda, ao restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e consequente

³²⁶ TÂMARA FERNANDES, *O conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, Porto, ULP, 2010, p. 140.

³²⁷ ADRIANA RISTORI, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório do processo penal português*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 174.

³²⁸ “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

³²⁹ TÂMARA FERNANDES, *O conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, Porto, ULP, 2010, p. 169.

³³⁰ CLAUS ROXIN, *Apud* JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Lições coligadas por Maria João Antunes, Secção de textos da FDUC, 1988/89, p. 21.

reafirmação da validade da norma violada. É unânime que a finalidade do Processo Penal é a realização da justiça e da descoberta da verdade material. O Processo Penal não podia existir validamente se não for presidido por uma directa intenção ou aspiração de justiça e de verdade³³¹. Existe uma necessidade de imposição de sanções quando determinados bens jurídicos são ofendidos. As sanções criminais correspondem a uma necessidade de afirmar certos valores ou bens jurídicos³³². O Processo Penal atinge a perfeição desejável no equilíbrio do interesse público da repressão da criminalidade, rápida e segura, e do interesse particular dos arguidos numa justiça que lhes ofereça suficientes garantias de defesa contra uma condenação injusta.

No entanto, como temos vindo a referir, a descoberta da verdade não deve ser uma finalidade do Processo Penal a ser alcançada a qualquer custo. É exigível que tenha sido alcançada de modo processual válido e admissível, e com o absoluto respeito dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo.

Face a tudo o que referimos, o direito ao silêncio, enquanto liberdade comunicacional que abarca qualquer forma de incriminação, encontra fundamento jurídico em diversos diplomas internacionais e na nossa CRP, ainda que implicitamente. Configurado como o direito de não auto-incriminar-se, como garantia de defesa que assiste a todos os cidadãos, tem um campo de abrangência muito grande, baseado num dos pilares de Estado de Direito: Dignidade da pessoa humana.

³³¹ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Lições coligadas por Maria João Antunes, Secção de textos da FDUC, 1988/89, p. 22.

³³² EDUARDO HENRIQUES DA SILVA CORREIA, *Direito Criminal*, I, Reimpressão com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Almedina, 1997, p. 39.

CONCLUSÃO

Chegados ao fim do caminho que nos tínhamos imposto alcançar, há que tentar guardar o que demais fundamental foi abordado e ao contrário de fazermos um resumo de tudo o que ficou escrito preferimos destacar as ideias que surgem com mais intensidade.

Tal como temos vindo a desenvolver ao longo de todo o trabalho, este estudo foi essencialmente orientado para tentar elucidar o campo de aplicação do direito ao silêncio.

Não tínhamos como objectivo apresentar novas soluções para questões omissas ou polémicas, mas sim o de dar um contributo para a compreensão clara de um direito que tem ainda contornos delicados tanto na doutrina como na jurisprudência.

Este espaço servirá para destacar uma breve consideração sobre a consagração do direito ao silêncio na nossa lei processual penal, uma vez que se encontra ainda disperso e difuso, a nosso ver. Por isso, parece-nos bastante importante afastar o direito ao silêncio do ‘desconhecido’ tentando sistematizá-lo com clareza, para não termos de tentar mostrar o seu verdadeiro significado e aplicação, porque nos termos em que o direito ao silêncio se encontra previsto, só conseguirá compreendê-lo quem o procure e medite sobre ele com atenção. Logo, enquanto realização directa das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas ao arguido, tal situação não se enquadra com o seu estatuto.

Uma das mais importantes garantias do direito de defesa é a que se exprime nos direitos de declaração e de silêncio previstos para a fase de julgamento, que conferem ao arguido a possibilidade de não falar sobre os factos que lhe são imputados ou, quando presta declarações sobre esses factos, não lhe é exigido que diga a verdade.

Quanto aos direitos do arguido, o Código de Processo Penal deveria passar a consagrar uma regra como “ o arguido tem o direito de não contribuir para a sua incriminação”, em vez do “ direito ao silêncio”. Isto não quer dizer que o arguido tem o direito de se opor a uma investigação efectuada pela via legal. A doutrina considera que o direito ao silêncio se estende a outras formas de cooperação do arguido na produção de prova, que não a prestações de declarações orais, então a questão é que não vemos porque se deve manter uma expressão que só faz sentido pela sua origem histórica.

Embora a nossa CRP não possua uma consagração precisa do direito à não auto-incriminação ou do direito ao silêncio, a doutrina e a jurisprudência têm entendido o princípio

nemo tenetur como um princípio constitucional não escrito. Concluímos que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, assente no princípio da dignidade humana, pelo contido no art. 16.º, n.º 1 da CRP e também pelo direito à defesa, previsto no art. 32.º, n.º 1 da CRP.

O direito ao silêncio apresenta ainda uma relação muito próxima com os princípios do contraditório, da investigação, do *in dubio pro reo* e o da livre apreciação de prova. Representando-se na lei como uma limitação à livre apreciação uma vez que nunca pode desfavorecer o arguido, conforme art. 61.º, n.º 1 al. d), 343.º, n.º 1 e 345.º do CPP.

O suporte constitucional do princípio, *nemo tenetur se ipsum accusare*, assenta em valores ou direitos fundamentais, tais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência³³³.

O estatuto do arguido assume particular significado, observado a partir do princípio *in dubio pro reo*, quando se trata de considerar o arguido como um meio de prova em processo penal, logo, compreende-se que o arguido tenha não só o direito ao silêncio como também o direito a que o seu silêncio não seja valorado contra ele. Pensa-se também que não compete ao arguido qualquer dever de colaboração com o Estado na busca da verdade material, uma vez que a lei consagra o direito de não responder às perguntas que lhe são formuladas.

O direito ao silêncio pode ser usado de modo total ou parcial, conforme art. 345.º, n.º 1 do CPP. No nosso ordenamento jurídico não há um direito a mentir, embora uma coisa é não lhe ser exigido o cumprimento do dever de verdade e a outra é a inscrição de um direito do arguido a mentir, inaceitável num Estado de Direito³³⁴. Podemos acrescentar que não se pode dar qualquer valor probatório à confissão quando ela é prestada perante os órgãos de polícia criminal ou perante o Ministério Público, pois só pode ser valorada em audiência, se o arguido consentir.

A busca pela verdade é limitada pelas proibições de prova e, por esse motivo não é todo e qualquer elemento probante que pode ser utilizado no processo penal. O princípio da presunção de inocência leva a que a utilização do arguido como meio de prova seja constantemente demarcada pelo integral respeito pela sua liberdade de vontade. São absolutamente proibidas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade

³³³ Acórdãos do STJ de 12-03-2008 e de 03-09-2008, acedidos em 20/02/2011.

³³⁴ Acórdão do STJ de 03-09-2008, acedido em 20/02/2011.

física e moral da pessoa, sendo que a prova proibida contagia a restante prova se houver um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova proibida e a restante prova. O uso de métodos proibidos destrói claramente os princípios do Estado de Direito Democrático.

O direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não são direitos absolutos e daí admitirem restrições desde que se respeitem certos requisitos, designadamente a existência de uma lei prévia e expressa e o respeito pelo princípio da proporcionalidade. O direito à não auto-incriminação alcança não só a liberdade de comunicação do arguido como também outras situações de colaboração incriminatória com a justiça. A falta de advertência sobre o direito ao silêncio é inconstitucional.

Quanto às diligências de prova a que o arguido deve sujeitar-se obrigatoriamente, convém destacar que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* pode inutilizá-las todas, com excepção à prova de reconhecimento e a prova através de perícias ou exames.

Este tema por nós escolhido suscitou o interesse de várias questões pelo que esperamos ter alcançado o objectivo de despertar uma discussão de ideias que procurem o estabelecimento de um bem maior como é a garantia dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2009.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do código do processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*, 2º Edição, Lisboa, 2008.

ALTAVILLA, ENRICO, *Psicologia judiciária*, Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, «O novo código de processo penal, Jornadas de Direito Processual Penal» in *CEJ*, Coimbra, 1995.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, (reimpressão de 2006).

ANTUNES, MARIA JOÃO, «Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido», Sub Júdice, Justiça e sociedade, Lisboa nº4, 1992.

AZEVEDO, MARIA DA GRAÇA VICENTE DE, «O interrogatório do arguido na fase de inquérito», in *RDP*, Ano I, nº 1, 2002.

BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO, *Processo penal*, Coimbra: Almedina, 1981.

BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português II*, Porto, 1997.

BECCARIA, CESARE, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BELEZA, TERESA, «‘Tão amigos que nós éramos’: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português», in *RMP*, Lisboa, ano 19, nº 74, 1998.

BELEZA, TERESA E OUTROS, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, volume II, Lisboa, Edição da AAFDL, 1992.

BELEZA, TERESA e PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010.

CAEIRO, PEDRO, «Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente», in *RMP* 84, 2000.

CANOTILHO, GOMES, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, GOMES E MOREIRA VITAL, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, PAULA MARQUES, *Manual Prático de Processo Penal*, 4ªEd., Coimbra, Almedina, 2008.

CORREIA, EDUARDO HENRIQUES DA SILVA, *Direito Criminal*, I, Reimpressão com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Almedina, 1997.

CORREIA, JOÃO CONDE, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

COSTA, EDUARDO MAIA, «A presunção de inocência do arguido na fase do inquérito» in *RMP*, ano 23, nº 92, 2002.

COSTA, FARIA, *Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?* Almedina, 1986.

CUNHA, TITO CARDOSO E, *Silêncio e Comunicação Ensaio Sobre uma Retórica do Não-Dito*, Lisboa, Livros Horizonte, 2005, p. 14.

DIAS, AUGUSTO SILVA E RAMOS, VÂNIA COSTA, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal I*, Coimbra, 1974.

DIAS, FIGUEIREDO, «O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória», in *RDES*, 18, 1987.

DIAS, FIGUEIREDO, *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*, Coimbra, Almedina, 1991.

DIAS, FIGUEIREDO, «Sobre os sujeitos processuais do novo código de processo penal, jornadas de direito processual penal», in *CEJ*, Coimbra, Almedina, 1995.

DIAS, FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, Lições coligadas por Maria João Antunes, Secção de textos da FDUC, 1988/89.

DIAS, FIGUEIREDO, *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*. Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1995.

DIAS, FIGUEIREDO, *O processo penal português: problemas e perspectivas*, in Mário Ferreira Monte (coord.). *Que Futuro para o Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, FIGUEIREDO E ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009.

DUARTE, EURICO, “O Problema Penal do Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Fernanda Palma*, organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem de advogados, Coimbra, Almedina, 2004.

- EIRAS, HENRIQUE, *Processo Penal Elementar*, 7ª Edição, Lisboa, Quid Juris, 2008.
- FERNANDES, TÂMARA, *O conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, Porto, ULP, 2010.
- FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Curso de processo penal*, volume I, Lisboa, 1955.
- FERREIRA, CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, volume I, Lisboa, Editorial Danúbio, Lda., 1986.
- FERREIRA MONTE, MÁRIO, «Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime», in *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra editora, 2003.
- FERREIRA MONTE, MÁRIO, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bocal é prova proibida?” in *RMP* nº 108, Outubro - Dezembro de 2006.
- FIDALGO, SÓNIA, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», in *RPCC*, Ano 16 n.º1 (Janeiro -Março 2006).
- GARRETT, FRANCISCO DE ALMEIDA, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, Porto, Fronteira do caos Editores Lda., 2007.
- GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO REVILLA, *El interrogatório del imputado*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000.
- GREVI, VITTORIO, *Nemo tenetur se detegere:interrogatório del imputato e diritto al silenzio nel processo penale Italiano*, Milano, Dott à Giufré Editore, 1972.
- HOMEM, ANTÓNIO PEDRO BARBAS, *O que é o direito?* Lisboa: Principia Editora, 2007.
- HOMEM, ANTÓNIO PEDRO BARBAS, *História das relações internacionais. O direito e as concepções políticas na idade moderna*, Lisboa: Almedina, 2009.
- ISASCA, FREDERICO, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.
- LUÍS, NUNO CASTRO, «Das testemunhas», in *Memorias do I Congresso de Processo Penal* (coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra, Almedina, 2005.
- MEIREIS, MANUEL AUGUSTO ALVES, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 226.
- MENDES, PAULO DE SOUSA, “As Proibições de Prova no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Fernanda Palma*, organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem de advogados, Coimbra, Almedina, 2004.
- MIRANDA, JORGE, *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, Coimbra, 2000, Tomo IV.

MONCADA, CABRAL, *Estudos de história do direito. Acta universitatis conimbrigensis*, vol. I, Coimbra, 1948.

MOREIRA, VITAL E CANOTILHO, GOMES, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I*, Coimbra Editora, 2007.

MOURA, JOSÉ SOUTO DE, «A questão da presunção de inocência do arguido», in *RMP*, Ano 11º, nº 42, 1990.

MOURA, JOSÉ SOUTO DE, «Direito e processo penal actuais e consagração dos Direitos do Homem» in *RPCC*, Ano I, n.4, 1991.

NEVES, CASTANHEIRA, *Sumário de processo criminal*, Coimbra, 1967 – 1968.

PALMA, MARIA FERNANDA, «A constitucionalidade do artigo 342º do código de processo penal (O direito ao silêncio do arguido)», in *RPCC*, ano XV, n. 60, 1994.

PALMA, MARIA FERNANDA, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

PATRÍCIO, RUI, “Protecção de Testemunhas em Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Fernanda Palma*, organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem de advogados, Coimbra, Almedina, 2004.

PATRÍCIO, RUI, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual Processo Penal Português*, AAFDL, Lisboa, 2004.

PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009.

PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, «Supervisão do Mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação», in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra, Almedina, 2009.

RAMOS, VÂNIA COSTA, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare Parte I», in *RMP*, nº 108 (Out. – Dez. 2006).

RAMOS, VÂNIA COSTA, «Corpus juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare», parte II, in *RMP* nº 109, Janeiro - Março 2007.

REIS, PEDRO, «Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico» in *FDUL*, Coimbra Editora, 2007.

RIBEIRO DE FARIA, PAULA, «A reparação punitiva – Uma ‘terceira via’ na efectivação da responsabilidade penal?», in *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra editora, 2003.

RISTORI, ADRIANA, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, «Justiça penal internacional e protecção de vítimas-testemunhas por meios tecnológicos», in *BOAdv*, n.º21, 2002.

RODRIGUES, JOSÉ NARCISO DA CUNHA, «Sobre o princípio da igualdade de armas», in *RPCC*, Ano I, Janeiro -Março 1991.

ROXIN, CLAUS, *La evolution de la politica criminal, el derecho penal Y el proceso penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

SÁ, LILIANA DA SILVA, «Dever de cooperação versus o direito á não auto-incriminação», in *RMP*, nº 107 (Jun. -Set. 2006).

SÁ, LILIANA DA SILVA, «O dever de contribuição no interrogatório no processo penal português», in *RMP*, ano 27, nº 107.

SANTOS, CLÁUDIA, «A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema penal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal ‘de adultos’ em Portugal», in *RPCC*, 16, 2006.

SANTOS, SIMAS E LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, Lisboa: rei dos livros, 2000.

SANTOS, SIMAS E LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, 3ª ed., 2008.

SEIÇA, MEDINA DE, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra, 1999.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, «Princípios gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa», *Direito e justiça volume III*, 1987 – 1988.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, volume I. Lisboa, São Paulo, Editorial Verbo, 1993.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal I*, Lisboa, Verbo, 1996.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, volume I, Lisboa: editorial verbo, 2000.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, volume II, Lisboa, 2000.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal* (2ªed.) III, verbo, Lisboa, 2000.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *A Introdução da Mediação Vítima - Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Almedina, 2005.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direitos do Homem, Dignidade e Justiça*, CDHOA, Editora Principia, 2005.

SILVA, SANDRA OLIVEIRA E, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, 2007.

TORRÃO, FERNANDO, *A relevância da suspensão provisória do processo*, Almedina, 2000.

VEIGA, CATARINA, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000.

VILELA, ALEXANDRA, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Editora, 2000.