

**DIREITO AO SILÊNCIO SOBRE ANTECEDENTES CRIMINAIS E DIREITO À
ASSISTÊNCIA POR DEFENSOR – DOIS ASPETOS POSITIVOS DAS ALTERAÇÕES
PROPOSTAS ÀS LEIS PROCESSUAIS PENAIS**

Vânia Costa Ramos

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais
Advogada

1. Introdução

Foi-nos lançado pela Direção do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (doravante IDPCC)¹ o desafio de analisar dois aspetos das alterações propostas às leis penais pelas Propostas de Lei n.º 77/XII e 75/XII: o direito ao silêncio no que se refere aos antecedentes criminais do arguido e o direito de assistência por defensor.

Tal desafio teve por base a solicitação de parecer dirigida pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República, à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Enviado o Parecer conjunto à Comissão², foi ainda promovido pelo IDPCC um Colóquio para discussão das alterações legislativas propostas³.

O texto que agora se publica corresponde ao contributo escrito por ocasião da Consulta dirigida ao IDPCC, devendo ser lido no preciso contexto em que foi elaborado. Mantendo-se no essencial o texto original, incluíram-se na presente publicação breves notas de doutrina e ainda uma ou outra alteração e/ou atualização decorrentes da evolução das propostas e da discussão no Colóquio.

2. Antecedentes criminais

A Proposta de Lei n.º 77/XII altera os artigos 61.º, n.º 3, alínea *b*), e 141.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (doravante CPP). A propósito desta alteração, que é de

¹ Uma especial palavra de agradecimento à Professora Doutora Maria Fernanda Palma, Presidente do IDPCC, e aos Professores Doutores Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, pelo convite para participação na elaboração do Parecer conjunto solicitado ao Instituto. Agradecemos também aos Mestres João Gouveia de Caires e João Matos Viana, coautores do Parecer, bem como ao Mestre Rui Soares Pereira e António Neves, pelos comentários críticos ao texto do Parecer.

² O Parecer, bem como o texto das Propostas e alterações em Comissão podem ser consultados em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=93773>. A partir desta página podem ainda ser consultados os contributos dos vários *stakeholders* apresentados no âmbito do processo legislativo

³ Colóquio “As propostas de alteração do Código Penal e do Código do Processo Penal”, realizado em 4 de dezembro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O Programa pode ser consultado em www.idpcc.pt.

louvar, a exposição de motivos apenas refere que “a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais, que já tinha sido eliminada na fase de julgamento, é agora eliminada relativamente a todas as fases do processo”.

A presente alteração deve ser lida conjuntamente com a alteração do artigo 359.º, n.º 2, do Código Penal (doravante CP), na qual se elimina a correspondente incriminação, constante da Proposta de Lei n.º 75/XII. Deve também ser tido em conta que a alteração do artigo 141.º, n.º 3, relativa aos interrogatórios judiciais de arguido detido, se estende aos interrogatórios não judiciais de arguido detido, bem como aos interrogatórios de arguido em liberdade (arts. 143.º, n.º 2, e 144.º, n.º 1, do CPP).

Enunciado o sentido das alterações propostas, debruçemo-nos agora sobre a conformidade constitucional de tais alterações.

A obrigatoriedade de declarar com verdade sobre os antecedentes criminais, sob pena de responsabilização penal, consubstancia exceção ao princípio de matriz constitucional *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Consagrada no Código de Processo Penal de 1929 e mantida no Código de Processo Penal de 1987, quer quanto à fase de julgamento, quer quanto às fases de inquérito e de instrução, a obrigatoriedade de declarar com verdade sobre os antecedentes criminais em fase de julgamento veio a ser julgada inconstitucional pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, de 5 de dezembro⁴. A declaração de inconstitucionalidade teve como fundamento o entendimento de que “a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formuladas no início da audiência de julgamento viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”.

Também o legislador entendeu, pela Lei de Autorização Legislativa n.º 90.º-B/95, e Decreto-Lei autorizado n.º 317/95, eliminar tal obrigatoriedade.

A exceção ao princípio *nemo tenetur* manteve-se, porém, para as fases processuais anteriores. Tal manutenção, se justificável aquando da aprovação do Código de Processo Penal, em 1987, não se encontrava, porém, livre de crítica⁵.

⁴ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁵ Cf. SILVA DIAS, Augusto/COSTA RAMOS, Vânia, O Direito à não autoinculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contraordenacional português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 20-21.

Cf., a propósito da constitucionalidade da responsabilização penal por falsas declarações relativas aos antecedentes criminais por parte do arguido, em sede de primeiro interrogatório em liberdade, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Fiação de Jurisprudência n.º 9/2007, de 14.03.2007 (fixa jurisprudência no sentido «O arguido em liberdade, que, em inquérito, ao ser interrogado nos termos do artigo 144.º do Código de Processo Penal, se legalmente advertido, presta falsas declarações a respeito

Não obstante a crítica, o Tribunal Constitucional vinha a entender que a obrigação assim imposta era uma restrição admissível ao princípio *nemo tenetur*, designadamente por não ser uma obrigação de declaração em audiência pública, por não serem declarações relativas à questão da culpabilidade e por não haver outros meios institucionais de obter a informação em tempo útil⁶.

Tal entendimento é, porém, contestável, por diversas ordens de razões.

Por um lado, porque tais declarações estão acessíveis ao juiz de julgamento, e, por outro lado, porque são prestadas a juiz de instrução, nos termos do artigo 141.º, n.º 3, do CPP, juiz esse que pode decidir pela aplicação de medida de coação ao arguido. Resulta assim esta obrigação no fornecimento indireto pelo arguido ao juiz de julgamento de informação sobre os seus antecedentes criminais, bem como na contribuição do arguido “direta e ativamente para a criação de uma imagem negativa a seu respeito perante a entidade competente para aplicação de medidas de coação”⁷. Tal situação não pode, pois, deixar de ser entendida como afetação da presunção de inocência e do direito a um processo justo e equitativo, princípios nos quais se funda o direito à não autoinculpação.

Por outro lado, a obrigação de falar com verdade sobre os antecedentes criminais é de duvidosa eficácia para os fins pretendidos, nomeadamente para acautelar a mais correta aplicação de medida de coação, porquanto, não raras vezes, os arguidos não sabem identificar tais antecedentes com a certeza e a precisão necessária a uma boa decisão.

Ainda de outro prisma, o caráter imprescindível para a realização da justiça penal da imposição de tal obrigação ao arguido é altamente questionável, se não inexistente, uma vez que, com os meios informáticos disponíveis atualmente, é possível, em tempo real e útil, sem a colaboração ativa do arguido, obter informação

dos seus antecedentes criminais incorre na prática do crime de falsidade de declaração, previsto e punível no artigo 359.º, n.os 1 e 2, do Código Penal.»), com voto de vencido de Maia Costa, considerando desproporcionada a obrigação de colaboração com a justiça) – www.dre.pt.

Em sentido contrário, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17.01.2007 (processo n.º 0416148), considerando que «as falsas declarações do arguido sobre os seus antecedentes criminais só constituem o crime do artigo 359.º, n.º 2, do CP95 se tiverem lugar no primeiro interrogatório a que é sujeito na situação de detido», pois neste interrogatório se obsta, com a mentira, à realização da justiça, i.e., à aplicação de medida de coação.

⁶ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 127/2007, de 27 de fevereiro (relativamente ao interrogatório perante OPC), e n.º 372/98, de 13 de maio (relativamente ao primeiro interrogatório de arguido detido).

⁷ SILVA DIAS, Augusto/COSTA RAMOS, Vânia, O Direito à não autoinculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contraordenacional português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 21.

fidedigna sobre os antecedentes criminais⁸. De sublinhar, aliás, que o acesso informático praticamente imediato à informação sobre o registo criminal se estende quer à informação constante do registo nacional, quer dos registos equivalentes de outros Estados-Membros da União Europeia⁹.

Finalmente, a prova da existência de antecedentes criminais tem de ser feita documentalmente, através do certificado de registo criminal, não valendo como prova da existência de antecedentes criminais a informação sobre condenações não inscritas no registo, ou a informação sobre crimes cujo registo tenha sido cancelado¹⁰.

Em contradição com este princípio, a obrigação de declarar verdade sobre antecedentes criminais, em qualquer fase do processo, é suscetível de levar o arguido a colaborar na formação de uma imagem negativa sobre a sua pessoa – e, com isso, na aplicação de medida de coação ou na sua própria condenação – em casos em que a existência de antecedentes (não inscritos ou cancelados) nem sequer pode ser relevante para a decisão de aplicação de medida de coação ou para a decisão de condenação.

Carecendo as restrições de direitos fundamentais de ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), somos de opinião que a manutenção da obrigatoriedade de declaração com verdade, sob pena de responsabilização penal, é inconstitucional, por violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, consagrado nos arts. 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1, e 2, da CRP, por ser

⁸ Tal finalidade, bem como a necessidade de imposição por impossibilidade de obtenção em tempo útil, foi identificada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 127/2007, de 27 de fevereiro (“O conhecimento dos antecedentes criminais do arguido detido, preso ou em liberdade, durante o interrogatório, pelo menos em fase anterior à do julgamento, apresenta vantagens para a realização da justiça, por conceder informação relevante, necessária para a decisão sobre aplicação de medidas coativas. Essa relevância é evidente aquando do primeiro interrogatório judicial de arguido detido e de primeiro interrogatório não judicial de arguido detido e o processo tiver de continuar, pois frequentemente aquando desse interrogatório urgente, não é possível obter por outros modos institucionalmente válidos, informação sobre os antecedentes criminais do arguido. A necessidade [...] também não deixa de existir durante o interrogatório em inquérito.”)

⁹ Foi já estabelecida uma “rede” de acesso aos registos criminais dos Estados-Membros da União Europeia (doravante UE), definida pela Decisão-Quadro 2009/315/JAI do Conselho, de 26.02., relativa à organização e ao conteúdo do intercâmbio de informações extraídas do registo criminal entre os Estados-Membros, e pela Decisão 2009/316/JAI do Conselho, de 06.04, relativa à criação do sistema europeu de informação sobre os registos criminais (ECRIS), em aplicação do artigo 11.º daquela Decisão-Quadro. A entrada em funcionamento desta rede estava prevista para abril de 2012, sendo que, há já algum tempo, ao abrigo do Projeto-Piloto de Interconexão de Registos Criminais, é realizada a troca de informação sobre registo criminal de nacionais dos Estados-Membros por via informática entre um vasto número de Estados-Membros, nos quais se inclui Portugal.

¹⁰ Cf. artigos 9.º, n.º 3, 5.º, 15.º e 24.º, n.º 2, da Lei 57/98, de 18 de agosto.

manifestamente desproporcionada a restrição, tendo em conta as suas consequências e as finalidades prosseguidas com tal restrição, acima identificadas¹¹.

Face ao exposto, somos inteiramente favoráveis às alterações propostas, que são de saudar, quer de um ponto de vista de adequação político-criminal (face à falta de fidedignidade das informações obtidas através das declarações do arguido e à facilidade de obtenção de informação fidedigna por outros meios), quer do ponto de vista da conformação constitucional do processo penal.

Uma breve referência deve ainda ser feita à obrigatoriedade de declarar com verdade sobre a existência de processos pendentes, em fase de julgamento, cuja eliminação do artigo 342.º, n.º 1, do CPP, foi proposta pelos grupos parlamentares do PSD e do CDS/PP em sede de apreciação na especialidade na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias¹².

À semelhança do que sucede com a obrigação de declaração sobre antecedentes criminais, somos de opinião que aquela obrigação colide com o princípio *nemo tenetur*, por três ordens de razões: (i) constituir obrigação imposta ao arguido de declarar sobre factos que contribuem para a formação de uma imagem negativa a seu respeito na mente do julgador; (ii) o facto de tal obrigação consubstanciar cooperação através de declarações relevantes para aplicação de medidas de coação; (iii) finalmente, a circunstância de se tratar de obrigação de declaração sobre factos que poderão influir na medida da sanção que eventualmente venha a ser aplicada.

O único sentido útil que poderia retirar-se de tal obrigação será o de aferir da existência de fundamento para declaração de competência por conexão subjetiva ou para aplicação de medida de coação.

Quanto a esta última finalidade, aplica-se inteiramente o que ficou dito a propósito da obrigação de declarar com verdade sobre antecedentes criminais. Não duvidamos, pois, que tal finalidade não justifica a restrição ao princípio *nemo tenetur* materializada na obrigação de declarar com verdade sobre a existência de processos pendentes, sendo esta restrição incompatível com os artigos 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1, e 2, da CRP.

¹¹ De notar que o argumento, constante dos Acórdãos do Tribunal Constitucional, de que não existiria violação do artigo 32.º, nem do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, por não ser possível no momento em que se procedia ao primeiro interrogatório judicial do arguido o conhecimento dos seus antecedentes criminais pelos meios institucionais vigentes, deixou de existir, face aos avanços já enunciados nesta matéria.

¹² Esta proposta foi introduzida em momento posterior à elaboração do Parecer do IDPCC.

No que se refere à verificação da existência de fundamento para a conexão subjetiva, a mesma conclusão impõe-se. Com efeito, se já antes era duvidosa a legitimidade de tal obrigação, mais ainda desde que apenas os processos da mesma comarca podem fundamentar a conexão subjetiva (cfr. artigo 25.º do CPP). Havendo meios informáticos que permitem o acesso imediato e sem dificuldades ao registo de processos pendentes na mesma comarca, não se justifica, de forma alguma, obrigar o arguido a declarar sobre os mesmos, afetando desnecessariamente o seu direito à não autoinculpação.

Acresce ainda que a subsistência de tal obrigação já não era acompanhada de sanção penal (cfr. artigo 359.º, n.º 2, do CP), o que evidencia que o legislador há muito não a considerava essencial para a administração da justiça penal.

Deve, pois, ser adotada a alteração ao art. 342.º do CPP proposta na Comissão.

3. Assistência por defensor

No domínio da assistência ao arguido por defensor, a Proposta de Lei n.º 77/XII altera o artigo 64.º, n.º 1, alíneas *b)*, e *c)*, do CPP.

A alteração proposta alarga a obrigatoriedade de assistência por defensor a todos os interrogatórios realizados por autoridade judiciária (passando assim a incluir-se os interrogatórios de arguido em liberdade conduzidos pelo Ministério Público ou pelo juiz de instrução).

Passa também a ser sempre obrigatória a assistência por defensor no debate instrutório e na audiência, deixando de se restringir a obrigatoriedade aos casos em que fosse possível a aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento.

Apreciando criticamente a alteração proposta, desde logo cumpre sublinhar que a mesma é merecedora de aplauso. Com efeito, o direito à assistência por advogado é um direito integrante das garantias constitucionais de defesa, consagrado expressamente no artigo 32.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa¹³. E é

¹³ E também no artigo 6.º, n.º 3, al. *c)*, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH). Acerca do conteúdo deste direito, cf., a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) nos Acórdãos *Salduz c. Turquia*, de 27.11.2008, Proc. n.º 36391/02, *Grand Chamber* (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89893>), *Dayanan c. Turquia*, de 13.10.2009, Proc. n.º 7377/03, 2.ª Secção (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-95015>), *Pishchalnikov v. Russia*, de 24.09.2009, Proc. n.º 7025/04, 1.ª Secção (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94293>).

direito essencial ao exercício das restantes garantias de defesa legal e constitucionalmente consagradas.

A consagração de um processo penal de estrutura acusatória, com todas as garantias de defesa e o reconhecimento ao arguido da posição de sujeito processual, implica que as garantias sejam garantias *efetivas*, não meramente semânticas. A assistência por advogado é *conditio sine qua non* da efetividade de tais garantias. Com efeito, de pouco servirá atribuir direitos aos cidadãos visados nos processos penais sem, ao mesmo tempo, conferir-lhes o direito a serem assistidos na sua defesa por advogado. Só o advogado, constituído ou nomeado oficiosamente, pode, em nome do seu cliente, exercer *de forma efetiva* os direitos deste.

O nosso ordenamento jurídico é, neste ponto, um dos mais avançados, ao consagrar de forma ampla a assistência por defensor, garantindo esse direito ao arguido desde o primeiro momento e em qualquer momento, bem como consagrando o direito de qualquer pessoa, mesmo na qualidade de testemunha, ser acompanhada por advogado (arts. 62.º, n.º 1, e 132.º, n.º 4, do CPP, e arts. 32.º, n.º 3, da CRP, e 20.º, n.º 2, da CRP). Tal amplitude demonstra o reconhecimento pelo legislador, constitucional e ordinário, da necessidade da assistência por advogado como pressuposto do exercício efetivo dos direitos dos cidadãos.

O processo penal consubstancia uma intervenção gravosa na esfera jurídica dos visados, com implicações tão sérias para os seus direitos, liberdades e garantias que pode inclusivamente falar-se no “problema penal do processo penal”¹⁴. Esta natureza do processo penal, bem como o facto de um cidadão visado no processo penal não estar, reconhecidamente, numa posição conveniente para o exercício dos direitos de defesa, o que o coloca numa posição de acrescida vulnerabilidade, levou o legislador a assumir uma posição proativa quanto à proteção dos direitos dos cidadãos nesta esfera, consagrando uma panóplia de situações em que a assistência por defensor é obrigatória (artigo 64.º, do CPP)¹⁵. De destacar a circunstância de ser obrigatória a intervenção de defensor *em qualquer ato processual* em que intervenha pessoa

¹⁴ Cf. PALMA, Maria Fernanda, “O Problema Penal do Processo Penal”, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 41-53.

¹⁵ A CEDH não impõe a obrigatoriedade da assistência, mas reconhece aos Estados uma ampla margem de decisão no estabelecimento de tal obrigatoriedade, nomeadamente tendo em conta os interesses da justiça penal, podendo ser ponderados, designadamente, a matéria objeto do processo, a complexidade jurídica e factual do processo, a personalidade do arguido ou a necessidade de assegurar mais convenientemente as garantias de defesa efetiva através de uma melhor defesa técnica – cf., a este propósito, o acórdão *Correia de Matos c. Portugal*, de 15.11.2001, Proc. 48188/99 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-43120>).

particularmente vulnerável, como é o caso de arguido com deficiência visual, auditiva ou ao nível da fala, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos ou relativamente ao qual se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída.

A imposição da obrigatoriedade de assistência por defensor resulta da ponderação da situação de especial vulnerabilidade do arguido e repercussões desta para a capacidade pessoal de decisão do arguido acerca do exercício dos direitos que lhe são conferidos pela lei processual penal. Com efeito, a atribuição de um direito à assistência por advogado suscetível de renúncia suscita inúmeros problemas, dada a dificuldade em garantir e demonstrar que a renúncia seja voluntária e, sobretudo, *informada*, i.e., feita com consciência do conteúdo e condições de exercício do direito, bem como das consequências da renúncia para a posição processual do arguido¹⁶. No atual quadro legislativo e, sobretudo, na prática, a renúncia à assistência por advogado é, muitas vezes, um ato meramente formulário e procedimental, não tendo o arguido consciência das suas implicações.

Deixando a apreciação político-criminal da alteração proposta nesta matéria e atentando agora à sua conformidade com a Constituição, diremos que não nos parece que o artigo 32.º, n.º 3, da CRP, imponha a assistência obrigatória por defensor em todo e qualquer ato processual, sem mais. Consagra, sim, o direito de, para qualquer ato, o arguido, se assim o entender, solicitar tal assistência.

Aquele preceito indica, porém, que terá de haver casos de assistência obrigatória. Tal obrigatoriedade deverá ser ditada pela especial vulnerabilidade do arguido, seja derivada de condições pessoais deste, seja da natureza dos crimes ou da gravidade das implicações do ato processual em causa em causa para os direitos do arguido.

Tecidas estas considerações, não podemos deixar de afirmar que, apesar da inexistência de imposição constitucional nesse sentido, nos parece boa política legislativa estender a obrigatoriedade de assistência por defensor a todos os atos

¹⁶ Neste sentido, cf. o Acórdão do TEDH, *Pishchalnikov v. Russia*, de 24.09.2009, Proc. n.º 7025/04, 1.ª Secção, §77, estabelecendo que a renúncia ao direito de assistência por advogado deve ser “estabelecida de forma inequívoca e rodeada de garantias mínimas proporcionadas à sua importância [...] não só voluntária, mas também tem de constituir uma renúncia consciente e informada de um direito” (tradução livre, original em língua inglesa disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94293>).

processuais em que intervenha o arguido, ou em que este pudesse estar presente¹⁷. Neste sentido vai a Proposta de Lei n.º 266/XII, apresentada pelo Partido Comunista Português¹⁸, em que é salientado que a atual situação, na qual a assistência por advogado é facultativa, leva a que o direito a tal assistência apenas seja exercido quando “o arguido dispõe de informação ou tem já advogado constituído, colocando numa situação de maior fragilidade os arguidos com menores recursos económicos ou mais desinformados acerca dos seus direitos.”

Não se optando pela extensão da assistência obrigatória a todos aqueles atos, dada a especial posição de vulnerabilidade do arguido (que poderá suscitar a questão da dimensão constitucional da imposição de tal assistência) constituiria, no mínimo, salutar exercício do poder legislativo a consagração da obrigatoriedade da assistência por defensor em todos os interrogatórios de arguido¹⁹, buscas em que seja visado o arguido (ressalvando neste caso as situações de perigo na demora), nas diligências de recolha de autógrafos em que seja visado o arguido, reconstituição do facto em que este participe e, finalmente, nas diligências de reconhecimento de pessoas.

A assistência por advogado neste último ato, em particular, parece-nos mesmo suscetível de ser considerada de imposição constitucional, dada o seu discutível valor e duvidosa fiabilidade em termos científicos²⁰. Falta essa à qual não corresponde, porém, o valor probatório que é atribuído ao reconhecimento de pessoas, sendo prova praticamente inabalável em julgamento²¹. A falta da presença de defensor nos atos de reconhecimento já foi, aliás, suscitada em diversos arestos²².

¹⁷ Não nos pronunciamos aqui sobre os atos de inquirição de testemunha em fase de inquérito ou instrução. Tendo em conta o atual quadro processual, não nos parece imprescindível a intervenção de defensor nestes atos, porquanto, regra geral, tais declarações não podem ser valoradas em julgamento sem que a testemunha tenha comparecido e prestado declarações sujeitas ao contraditório e perante o juiz da causa. A vencer, porém, a alteração proposta para os n.ºs 3 e 4 do artigo 356.º, do CPP, deverá esta questão ser reequacionada, sob pena de não passar o crivo constitucional, mormente nos casos em que o arguido possa ser condenado integralmente com base nas declarações prestadas anteriormente por si (ainda que não confessórias) e de testemunhas ouvidas em fase de inquérito cuja notificação não foi possível (sendo assim permitida a leitura das declarações). Ou seja, condenação com base: (i) em testemunhos relativamente aos quais não existe imediação, nem o contraditório foi exercido, e (ii) em declarações prestadas em momento em que o arguido nem sequer conhece o teor da acusação contra si deduzida (e, eventualmente, as provas constantes dos autos).

¹⁸ Aprovada na generalidade, com os votos a favor do PCP, BE e PEV, e com a abstenção do PSD, CDS-PP e PS.

¹⁹ Cf., neste sentido, artigos 96.º e 97.º, n.º 1, do *Codice di Procedura Penale* (em conjugação com os arts. 60.º e 61.º).

²⁰ Cf., a propósito da validade científica, SONENSHEIN, David A./NILON, Robin, *Eyewitness Errors and Wrongful Convictions: Let's Give Science a Chance*, *Oregon Law Review* *Oregon Law Review*, Vol.89, No.1, 2010, pp.263–304, disponível em http://www.remep.mpg.de/files/events/20120511/Sonenshein_Article.pdf.

²¹ Ver, neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 408/89, de 31.05.1989 (que julgou inconstitucional a norma do § 1.º do artigo 159.º do CPP de 1929, introduzida pela Lei 25/81, de 21.08,

De igual modo, as razões que levam a consagrar a obrigatoriedade de assistência nos atos enumerados no artigo 64.º do CPP, quer na redação vigente, quer na resultante da Proposta n.º 77/XII, impõem a sua extensão aos interrogatórios realizados por Órgão de Polícia Criminal (doravante OPC), nos quais se verifica, até pela menor diferenciação em termos processuais da entidade que conduz a diligência, acrescida necessidade da intervenção do defensor, quer para salvaguarda dos direitos dos cidadãos visados, quer, como se expõe de seguida, para melhorar a qualidade da prova (ainda que de natureza meramente indiciária) obtida.

A consagração da imposição da assistência obrigatória por defensor não é, tão só, uma consagração de mais garantias ao arguido – correndo o risco de ser apelidada como *excessivamente garantista*, como vem sendo tendência. A intervenção de defensor contribui para a melhoria da qualidade da prova – pois o defensor presente contribuirá para que a prova produzida reflita, de forma mais próxima, a realidade, evitando-se acusações que, em julgamento se demonstram absolutamente infundadas, por a prova produzida em julgamento não corresponder minimamente à produzida em fase de inquérito. E contribuirá também para a produção de prova livre de vícios processuais que possam levar à sua exclusão ou proibição de valoração em fase de julgamento, pois o defensor atempadamente os invocará, permitindo – quando for o caso – a sua sanção logo nas fases de investigação. Contribui, pois, também desta forma, para uma melhor realização da justiça penal.

Em conformidade com o exposto, é nosso parecer que a proposta apresentada neste ponto é de saudar e deve ser aprovada. Tal aprovação deve verificar-se, a nosso ver, independentemente das alterações a realizar em sede da possibilidade de valoração das declarações prestadas por arguido em fases anteriores, pois constitui saudável opção de política criminal que contribui, de forma significativa, para a melhor realização da justiça penal. Estamos perante duas decisões legislativas com fundamentos político-criminais diversos. Contudo, para nós é evidente que a possibilidade de valoração de declarações anteriores do arguido contra a sua vontade

na parte em que permitia a realização de atos de reconhecimento do arguido sem a presença do juiz, por violação do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição, conjugado com o n.º 1 do mesmo preceito constitucional); e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.05.2004, Proc. n.º 2691/2004-3, ponto II. 9, disponível em www.dgsi.pt.

²² V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05.05.2010, Proc. n.º 486/07.2GAMLD.C1, ponto B.3.1, parte final, onde se diz, a propósito do reconhecimento realizado em fase de inquérito, que o mesmo tem a natureza de prova pré-constituída, não tendo de ser repetido em audiência de julgamento, mas “*naturalmente que um óbice teórico se suscita. A ausência de defensor no ato, que a legislação portuguesa não instituiu como obrigatória. Essa seria a forma adequada para um efetivo exercício do direito de defesa e do contraditório posterior em audiência*”.

não pode sequer ser equacionada se o arguido não tiver tido a assistência de defensor. Com efeito, somos de opinião que o arguido cujas declarações poderão ser utilizadas em qualquer fase processual contra a sua vontade, a elas ficando vinculado *ad eternum*, encontra-se numa das situações de especial vulnerabilidade para as quais é necessária a consagração da assistência obrigatória por defensor, por imposição do art. 32.º, n.º 3, da CRP. Porém, o inverso não é verdade. A não consagração desta possibilidade de valoração – i.e., a manutenção do *status quo* – não exclui a necessidade de ponderar, a propósito de outros atos processuais, designadamente os *supra* referidos, a necessidade e/ou utilidade da extensão dos casos de assistência obrigatória de defensor.

Deve outrossim o legislador ir além do texto da proposta nesta matéria, consagrando a intervenção obrigatória de defensor em todos os atos processuais em que intervenha o arguido, ou em que este pudesse estar presente. Ou, pelo menos, em todos os interrogatórios, buscas (ressalvando neste caso as situações de perigo na demora), nas diligências de recolha de autógrafos e reconstituição de facto em que intervenha o arguido e, finalmente, nas diligências de reconhecimento de pessoas.

Finalmente deverá ser equacionada, em face da alteração constante da Proposta de Lei, bem como do aprofundamento aqui proposto, a oportunidade de uma reforma do sistema de apoio judiciário, que continue a atribuir a incumbência da defesa dos cidadãos perante o exercício mor do *ius imperii* a advogados privados, independentes do Estado, mas que adote critérios qualitativamente mais exigentes.

4. Conclusão

Na decorrência de tudo quanto ficou já dito, as alterações analisadas no presente contributo não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade material. Pelo contrário, são alterações que vão de encontro à matriz político-criminal constitucionalmente definida de um sistema processual penal de estrutura acusatória com todas as garantias de defesa próprias de um Processo Penal num Estado de Direito. As alterações em matéria de declarações sobre antecedentes criminais (e processo pendentes) e de assistência por defensor devem, pois, ser saudadas, apoiadas e aprofundadas, conferindo coerência e clareza à correta decisão político-criminal que as enforma.