



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Ana Isabel Saraiva Lopes

**A CONCILIAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE
IPSUM ACCUSARE* COM O DEVER DE
IDENTIFICAÇÃO DO ARGUIDO**

**APRECIACÃO CRÍTICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA PORTUGUESA**

**Dissertação de Mestrado em Direito na área de especialização em
Ciências Jurídico-Forenses, orientada pelo Senhor Professor
Doutor Nuno Brandão e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra**

Coimbra, 2021

Ana Isabel Saraiva Lopes

**A CONCILIAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE IPSUM
ACCUSARE* COM O DEVER DE IDENTIFICAÇÃO
DO ARGUIDO**

**Apreciação crítica à luz da Constituição da República
Portuguesa**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Professor Doutor Nuno Brandão

Coimbra, 2021

À minha mãe, pelo amor incondicional, pelo carinho, pelo apoio, pelos desabafos, pela amizade, pelos sorrisos, pelas lágrimas e pela força que sempre me deu, ainda que esta lhe faltasse.

Ao meu irmão, pelo carinho, pela amizade, pelo apoio e pela cumplicidade que sempre nos uniu.

Ao Tiago, meu companheiro de todas as horas, hoje meu marido, pelo amor, pela compreensão, pelas palavras de força, pelo carinho e pela entrega, por ser um poço de orgulho, por me mostrar o caminho da felicidade e me fazer acreditar que tudo é possível.

Ao Afonso, a nossa fonte de esperança, que mal podemos esperar conhecer.

Ao Doutor Nuno Brandão, pela confiança, pelos conselhos e pela orientação, depois de tanto tempo.

Sem todos vós, nunca encontraria coragem para terminar este ciclo.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo apresentar um contributo para a resolução dos casos em que, no âmbito de determinado processo-crime no qual sejam investigados crimes de usurpação de identidade ou de falsificação de documento e seja elemento essencial dos mesmos e facto objeto de imputação a identidade do arguido, este se depara *ab initio* com o dever de identificação, entrando em conflito com o direito constitucional à não autoincriminação e, mais concretamente, com o direito ao silêncio. Cumpre assim analisar se, nestes casos, poderá o arguido excecionalmente remeter-se ao silêncio, não revelando o seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência e local de trabalho, cumprindo ao tribunal a aquisição destes conhecimentos através de outras fontes ou proceder ao julgamento sem eles ou se, ao invés, os interesses de ordem coletiva, na perseguição da justiça e na busca da verdade material se sobrepõem sempre e independentemente da violação do direito à não autoincriminação do arguido, obrigando-o a cumprir escrupulosamente com o dever de identificação prescrito na lei, ainda que tal comine na imediata apreensão para o processo da prática do crime por parte do visado.

Esta discussão a que nos propomos, terá como finalidade a apreciação da constitucionalidade da imposição do dever de identificação ao arguido naqueles tipos de crime em concreto. Para tanto, serão relevadas as soluções da legislação nacional e os valores basilares do nosso ordenamento jurídico de índole constitucional, e analisadas as soluções apontadas pela jurisprudência e pela doutrina sobre esta temática.

Palavras-Chave: Direito à não autoincriminação, direito ao silêncio, dever de identificação do arguido, estatuto processual do arguido, garantias de defesa, proibição do excesso.

Abstract

The purpose of this study is to purchase a contribution to the resolution of cases in which, within the scope of a criminal process in which are investigated crimes of identity theft or document forgery and the defendant's identity is an essential element of them, he is forced with the duty of identification, generating a conflict with the constitutional right against self-incrimination and, mora specifically, with the legal right to silence. It is therefore necessary to analyse whether, in these cases, the defendant may exceptionally remain in silence, without revealing his name, affiliation, place of birth, marital status, profession, residence and place of work, complying with the court, falling to the court the acquisition of this knowledge through other sources or proceed to trial without them or, instead, the interests of collective order, in the pursuit of justice and the pursuit of material truth always overlap and regardless of the violation of the right against self-incrimination of the defendant, forcing him with this duty of identification prescribed by the law, even though this implicates the immediate perception, on the process, that the crime was committed by the defendant. The discussion that we propose, aims the analysis of the constitutionality of the imposition of the duty to identify the accused in those specific types of crimes. The solutions of the national legislation and the basic values of our constitutional legal order will be analysed together with the solutions identified by the jurisprudence and by the doctrine on this subject.

Keywords: *Right against self-incrimination, right to remain silent, defendant's duty of identification, status of the defendant, safeguards of the defence, prohibition of excess.*

Siglas e Abreviaturas

Al. - Alínea

Ac. – Acórdão

Art.(s) – Artigo(s)

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPP – Código de processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DR – Diário da República

Nº - Número

P. e p. – Previsto e punido

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução.....	7
Capítulo I. O Princípio <i>Nemo Tenetur se Ipsum Accusare</i>.....	9
1. Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio	12
2. O <i>nemo tenetur</i> no Direito Internacional e Comparado	15
a. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	15
b. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	16
c. Convenção Europeia dos Direitos do Homem	16
d. Ordenamento Jurídico Alemão.....	19
e. Ordenamento Jurídico Italiano	20
f. Ordenamento Jurídico Espanhol.....	21
3. O princípio <i>nemo tenetur</i> no Direito Constitucional Português: Fundamento Constitucional.....	21
a. Fundamento Constitucional de índole substantiva	22
b. Fundamento Constitucional de índole processual.....	25
c. Fundamento Constitucional na Jurisprudência	29
d. Posição adotada	31
4. O <i>nemo tenetur</i> no Direito Processo Penal Português	32
a. Limitações ao princípio <i>nemo tenetur</i>	33
b. Medidas legais que asseguram o cumprimento do <i>nemo tenetur</i>	35
c. Consequências jurídicas da violação do <i>nemo tenetur</i>	37
Capítulo II. O Dever de Identificação do Arguido.....	40
1. Consequências Jurídicas da violação do dever de identificação	41
2. Consequências jurídicas da violação do dever de advertência.....	45
Capítulo III. Os Tipos Legais de Relevância	47
1. Crime de falsidade de declaração	48
2. Crime de uso de documento de identificação ou de viagem alheio	48
3. Crime de Falsificação de Documento	49
4. Crime do Burla.....	51
Capítulo IV. A Conciliação do <i>Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare</i> com o dever de identificação do Arguido	53
1. Apreciação crítica à luz da nossa Constituição	53
a. Previsão legal do dever de identificação.....	53

b. Respeito pelo princípio constitucional da proibição do excesso – adequação, exigibilidade e proporcionalidade.....	54
c. Preservação do conteúdo essencial do <i>Nemo Tenetur</i>	56
d. Solução Proposta.....	61
Conclusão.....	63
Bibliografia	66
Jurisprudência.....	68

Introdução

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem sido alvo de abundante estudo, o que se compreende dada a sua relevância em processo penal, porquanto conforma o estatuto do arguido, como verdadeiro sujeito processual.

Hoje são muitas as restrições legalmente impostas a este princípio, embora possa considerar-se que a sua esfera principal – a vertente do direito ao silêncio – encontra ainda uma proteção quase absoluta, não fosse a imposição ao arguido de um dever de identificação no decurso do processo e em todas as suas fases.

Porventura esta restrição poderia nem sequer ser considerada como tal, por conformar um dever imposto ao arguido previamente ao *início* das diligências processuais em que, só depois, se concede ao arguido o direito ao silêncio ou, ao invés, a liberdade de declaração. Porém, quando alguém é arguido num processo, por existirem contra si indícios suficientes da prática de *crimes de usurpação de identidade* ou de crime falsidade de declarações, a obrigação de o arguido responder, com verdade, às perguntas que lhe são dirigidas sobre a sua identidade, põe imediatamente em crise aquele princípio, pois da sua resposta poderá resultar a sua autoincriminação ou, caso não responda ou o faça sem verdade, poderá incorrer na prática dos crimes de desobediência ou falsidade de declarações, respetivamente.

Ora, embora seja importantíssimo que o processo penal seja dirigido efetivamente contra a pessoa do arguido e não contra pessoa distinta daquela que deve ser visada no processo e considerando os enormes prejuízos que podem surgir para os ofendidos daqueles crimes, cabe perceber se a obrigação de identificação imposta ao arguido é constitucional, ponderação a levar a cabo considerando o constante confronto entre, por um lado, a busca da verdade material e o interesse coletivo na realização da justiça e, por outro, o respeito pelos direitos e garantias de defesa do arguido. Torna-se essencial perceber que toda a restrição das garantias de defesa do arguido deve obedecer a princípios constitucionais, em particular ao princípio da proibição do excesso, consagrado no artigo 18º da CRP.

Pretendemos, assim, com o nosso estudo, suscitar a discussão sobre a figura do arguido e o estatuto deste no processo penal, conjugando direitos e deveres que lhe são, respetivamente, conferidos e impostos, quer à luz da nossa Constituição, quer da nossa lei processual penal. Tal discussão passará, necessariamente, pela apreciação dos valores e

interesses coletivos que reclamam a efetiva realização da justiça, denegando por vezes direitos que o arguido já tinha consolidados na sua esfera jurídica, enquanto verdadeiro sujeito processual.

Não olvidamos que o assunto que nos propomos analisar e discutir criticamente poderá ser gerador de divergências, tanto doutrinárias, como jurisprudenciais. É nosso objetivo explorar diferentes perspectivas do problema e, a final, propor uma eventual solução que se vislumbre adequada a solucioná-lo.

Capítulo I.

O Princípio *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*

O princípio da não autoincriminação ou, na sua mais comum formulação latina, *nemo tenetur se ipsum accusare*, surge no Direito Processual Penal do lado da defesa e significa literalmente que ninguém é obrigado a autoincriminar-se, isto é, que ninguém é obrigado a depor nem a produzir prova contra si mesmo ou a praticar atos lesivos à sua defesa. Este princípio conforma um verdadeiro direito reconhecido aos cidadãos, de não contribuírem, com as suas condutas ou com a sua pessoa, para a sua própria incriminação. Tem sido, assim, entendido como “uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objeto da atividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente. Daí que para proteção da autodeterminação do arguido, este deva ter a possibilidade de decidir, no exercício de uma plena liberdade de vontade, qual a posição a tomar perante a matéria que constitui objeto do processo.”¹

Tal não significa, veja-se, uma proibição de autoincriminação, mas antes a proibição de uma autoincriminação obtida através da coerção ou da indução do arguido em erro, obtida através de meios coercivos e fraudulentos, através do engano². É verdadeiramente uma

¹ Ac. do TC nº 340/2013, publicado em DR, 2ª série — Nº 218 — 11 de novembro de 2013, Parte D, p. 33119.

² Sandra Oliveira e Silva aprofunda o estudo desta proibição de autoincriminação, avançando e densificando a distinção entre a proibição de coerção direta e de coação indireta do arguido. Afirma a autora que “A utilização de *coação* sobre o arguido para dele obter declarações assinala o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Com efeito, a liberdade reconhecida ao arguido de decidir livremente do *se* e do *como* dos seus contributos probatórios supõe, pelo menos, que a decisão de declarar ou não declarar seja tomada à margem de toda a coerção, seja ela *direta* – p. ex., o recurso à força física ou à ameaça de sanções (penais, contraordenacionais) com a finalidade de constranger o arguido a declarar contra si mesmo – seja *indireta* – consequências desvantajosas que, sem estarem necessariamente previstas com esse desiderato, se associam de forma *mediata* à falta de colaboração do arguido na investigação dos factos, podendo ver-se nelas, por vezes, formas «encobertas» ou «encapotadas» de punição do arguido silente. [...] o princípio *nemo tenetur* isenta o arguido do dever de colaborar com as suas declarações na investigação e prova dos factos criminais que lhe são imputados, importando antes de mais o afastamento dos mecanismos formais de constrangimento ao testemunho (*compulsory process*), das sanções previstas em caso de incumprimento (penas criminais, *contempt of court*) e, em geral, proscrevendo a utilização de todos os métodos de compulsão declarar (tortura, coação, engano). E isso sem prejuízo de ao arguido ser assegurado um irrestrito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa (*on his behalf*) ou, noutro termos, uma ampla liberdade positiva de declaração (*positive Aussagefreiheit*).” – in: SILVA, Sandra Oliveira e, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019, p. 389, 391 e 392.

proteção da liberdade de declaração do arguido, por um lado proibindo-se as declarações (auto)incriminadoras obtidas com intromissão do Estado na integridade pessoal do visado, com perturbação da sua vontade de declarar e, por outro lado, gozando o arguido do direito a nada declarar sobre a matéria da imputação, independentemente do conteúdo (incriminador ou não) das suas respostas e ainda que destas não resultasse qualquer contributo para demonstração dos factos alvo de imputação. Assim, “o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, *sc.*, a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa”³, não impendendo sobre ele um dever de colaboração na investigação.

Tal conclusão liga-se necessariamente ao reconhecimento do arguido como um verdadeiro sujeito processual, possuidor de um vasto leque de direitos e deveres que conformam esta posição processual, como tem entendido a generalidade da doutrina e, de resto, resulta da lei. A afirmação de que “o arguido é *sujeito* e não objeto do processo significa, em geral, ter de se assegurar àquele uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de *autónomos direitos processuais, legalmente definidos*, que hão de ser respeitados por *todos* os intervenientes no processo penal.”⁴

Conforme ensina FIGUEIREDO DIAS^{5,6} os sujeitos processuais possuem direitos “*autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, em vista à sua decisão final*”, contrariamente ao que sucede com os meros participantes processuais que apenas “praticam actos singulares, cujo conteúdo processual se esgota na própria atividade”. Tal distinção é perceptível desde logo pela “forma como o novo legislador verteu na regulamentação respectiva os princípios de processo penal – nomeadamente os de índole jurídico-constitucional – que a tais estatutos presidem.”⁷ Assim, no que concerne ao arguido, este surge como sujeito processual, que não mero participante ou objeto do processo, o que se depreende desde logo do artigo 60º do CPP ao assegurar-lhe um vasto leque de direitos e

³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 121.

⁴ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais Penais: o Arguido e o Defensor*, Coimbra, 2020, pp. 9 e 10.

⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*, in: CEJ (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal, o Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p 9.

⁶ Sobre a definição de sujeitos processuais e a distinção face aos meros participantes no processo penal veja-se também ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 2ª edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2020, p. 29.

⁷ DIAS, Figueiredo, *Sobre os sujeitos...*, ob. cit., p. 15.

deveres processuais que exerce no decurso do processo, “sem prejuízo da aplicação de medidas de coação e de garantia patrimonial e da efetivação de diligências probatórias nos termos especificados na lei.”⁸

Conforme ensina FIGUEIREDO DIAS, analisando uma consideração *estática* do arguido, face à regulamentação legal constante não só no código de processo penal português mas também na nossa constituição, verifica-se que lhe é assegurada uma cada vez mais consistente e efetiva condição de sujeito processual, “sob um duplo ponto de vista, que corresponde essencialmente à dupla referência que lhe é feita no texto constitucional: enquanto arma, por um lado, com um direito de defesa (art. 32.º-1) a que por várias formas confere efectividade e consistência”⁹. Veja-se que logo a partir do momento da constituição como arguido e, portanto, ainda durante as fases de inquérito e da instrução, aquele tem a possibilidade de constituir ou ser assistido por defensor (artigos 61º, nº 1, als. e) e f) e 64º, nº 1, als. a), b) e c) do CPP), de requerer provas e diligências que se lhe afigurem necessárias (artigo 61º, nº 1, al. g) do CPP), de consultar o processo (artigos 86º, nºs 1 e 6, al. c) e 89º, nº 1 do CPP), de não se conformar com a acusação, requerendo a instrução, apresentando provas e requerimentos de prova (artigo 287º, nºs 1, a) e 2 do CPP) e ainda a possibilidade de exame e discussão contraditórios dos fundamentos da acusação durante o debate instrutório, por intermédio do defensor (artigo 302º do CPP); e depois, já na fase de julgamento, fase na qual o estatuto de sujeito processual do arguido surge na sua plenitude, tem o arguido a possibilidade confissão livre (artigo 344º CPP), de efetuar requerimentos de prova (artigo 340º do CPP), de aperfeiçoar o contraditório (artigo 327º do CPP), de prestar últimas declarações com efeito unicamente *in bonam partem* (artigo 361º do CPP), existindo impossibilidade de valoração de provas que não hajam sido produzidas e examinadas em audiência (artigo 355º, nº 1 do CPP), sendo igualmente nesta fase assistido por defensor (artigo 64º, nº 1, al. c) do CPP). E também enquanto lhe confere “uma fundamental presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação (art. 32.º-2)”¹⁰, que assume reflexos imediatos no estatuto processual do arguido enquanto *meio* processual. Com efeito, podendo o arguido ser objeto de medidas de coação, este princípio exige que só sejam aplicadas ao arguido as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente (artigo 193º CPP), sendo a utilização

⁸ DIAS, Figueiredo, *Sobre os sujeitos...*, ob. cit., p. 26.

⁹ *Idem*, p. 27.

¹⁰ *Idem*, p. 27.

do arguido como *meio* de prova sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade, em qualquer fase do processo, pois que “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.”¹¹

Já numa perspectiva *dinâmica*, constata-se a possibilidade de existir uma certa tensão no processo concernente à interação dos vários sujeitos do processo penal. Veja-se que este não é um processo de partes e, como tal, o Ministério Público não é interessado na condenação, mas unicamente na descoberta da verdade material, na realização do direito e, a final, na obtenção de uma decisão justa, partilhando com o juiz “um dever de intervenção estritamente objectiva”¹², em todas as fases do processo. Tal é uma decorrência da estrutura acusatória do processo penal português, conciliado ou integrado, na medida do possível, com o princípio da investigação.

“Não quer isto dizer que o arguido não possa, em termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objeto de *medidas coativas* e constituir, ele próprio, um *meio de prova*. Quer dizer, sim, que as medidas coativas e probatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de autoincriminação, e que, pelo contrário, *todos os atos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade*.”¹³ Em suma, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* significará que a cooperação do arguido no âmbito do processo crime deve ser livre e esclarecida e que é nesta liberdade de declaração de que goza que se espelha o estatuto do arguido como autêntico sujeito processual, aqui em plena articulação com a proibição de autoincriminação coerciva, forçada ou imposta.

1. Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio

Conforme já fomos adiantando, pode entender-se que o princípio *nemo tenetur se* desdobra em vários corolários, sendo o de maior relevo o denominado *direito ao silêncio*, que “constitui o núcleo quase absoluto do *nemo tenetur*”¹⁴. Este corresponde ao direito a não

¹¹ DIAS, Figueiredo, *Sobre os sujeitos...*, ob. cit., p. 27 e 28.

¹² *Idem*, p. 31.

¹³ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 10.

¹⁴ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 21.

prestar declarações quanto a quaisquer factos com relevância penal imputados ao arguido. “Um sistema que inclua o direito à não autoincriminação nas suas coordenadas fundamentais tem, assim, de reconhecer ao arguido, pelo menos, a faculdade de escolher livremente entre: (1) declarar sobre a matéria da imputação ou (2) remeter-se ao silêncio.”¹⁵ E caso pretenda declarar, o arguido não perde o seu estatuto, não passando a ser equiparado a uma testemunha, mas antes mantendo-se no processo como arguido, com todos os direitos e deveres que sobre esse sujeito processual impendem¹⁶.

A maioria da doutrina¹⁷ reconhece o direito ao silêncio não só ao arguido mas também a “todas as pessoas que, não o sendo, são, contudo, orientadas ou pressionadas por agentes da administração da justiça penal a declararem contra si mesmas.”¹⁸ Num modelo de processo penal de estrutura acusatória como o português, o *nemo tenetur* protege o arguido e igualmente o suspeito¹⁹ contra tentativas de obtenção coativa de declarações autoincriminatórias e, assim, assegura-lhe um amplo direito ao silêncio ou de liberdade de declaração.

Não se olvida que o suspeito não é um sujeito processual e que, como tal, não é titular de direitos nem está sujeito a deveres processuais especiais à semelhança do arguido. Tal posição apenas será ocupada quando o suspeito passa a arguido mediante o ato formal de constituição de arguido, nos termos dos artigos 57º, 58º ou 59º do CPP. É arguido “a pessoa que é formalmente constituída como sujeito processual e relativamente a quem corre processo como eventual responsável pelo crime que constitui objeto do processo” e “a constituição como sujeito processual é o polo fundamental da qualidade de arguido já que, com essa constituição, à pessoa como tal constituída é assegurado o exercício de direitos e

¹⁵ SILVA, Sandra Oliveira e, *O Arguido...*, ob. cit., p. 392.

¹⁶ Este entendimento torna-se relevante, precisamente, face à disparidade das posições processuais que cada um destes ocupa: o arguido é um sujeito processual, mas a testemunhas não, subsumindo-se o papel desta de interveniente no processo como meio (de obtenção) de prova. Veja-se desde logo a obrigação da testemunha prestar juramento e, assim, de depor com verdade sob pena de incorrer em crime de falsidade de testemunho (artigos 91º, nºs 1 e 3 e 132º, nº 2 do CPP e artigo 360º do CP). Contrariamente, o Arguido não presta juramento (artigo 140º, nº 3 do CPP), não sendo de todo em todo despicando questionar se existe um *direito a mentir* ou, pelo menos, uma tolerância do nosso sistema penal à mentira quando o arguido presta declarações, como já tem sido debatido pela nossa doutrina.

¹⁷ Entre os quais, DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, ob. cit., p. 20 a 23; ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo tenetur se ipsum accusare. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*, RLJ, ano 144º, nº 3989, novembro-dezembro 2014, Coimbra Editora, p. 148; ANTUNES, Maria João, *Direito Processual...* ob. cit., p. 37 e 38; RISTORI, Adriana Dias Paes, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 103 a 110.

¹⁸ DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, ob. cit., p. 20.

¹⁹ Definido logo no artigo 1º, al. e) do CPP.

impostos deveres processuais (art. 60.º).”²⁰ Porém, “não devendo ser interrogado como arguido, por sobre esse não incidir suspeita fundada, o visado deverá ser ouvido *como suspeito*. Nessa qualidade, assistir-lhe-ão certos direitos processuais, como, por exemplo, os inerentes ao princípio da proibição de autoincriminação, de que é titular não só o arguido como também o suspeito”²¹, isto é, mesmo antes da constituição formal como arguido, o suspeito será detentor de direitos em equiparação ao arguido e que lhe permitem exercer um efetivo direito de defesa.

A lei trata ainda o caso particular da testemunha que, conforme resulta do disposto nos artigos 91º, nºs 1 e 3 e 132º, nº 1, als. a) e d) e nº 2 do CPP, deve prestar juramento e está obrigada a responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas, em qualquer fase do processo, salvo se das suas respostas resultar a possibilidade de responsabilização penal. Nesse caso, pode a testemunha remeter-se ao silêncio e requerer a sua constituição como arguido, nos termos do artigo 59º, nº 2 do CPP, ficando a partir desse momento impedida de depor como testemunha (artigo 133º, nº 1, al. a) do CPP) mas, mais ainda, ficando possuidora e sujeita, respetivamente, aos direitos e deveres processuais conferidos ao arguido, entre os quais o direito ao silêncio (artigos 61º, nº 1, al d), 343º, nº 1 *in fine* e 345º, nº 1, 2ª parte do CPP).

Assim, em suma, o *nemo tenetur se ipsum accusare* subsume-se no direito que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal, melhor dizendo, que qualquer *pessoa visada* no processo penal tem em remeter-se ao silêncio e a não produzir prova em seu desfavor.

Há, porém, outras manifestações deste princípio, nomeadamente respeitantes à entrega de documentos; à expiração de ar para um aparelho medidor do teor de álcool no sangue; à prestação de autógrafos; à participação em reconstituição de facto; à realização de exames para recolha e análise de ADN, é certo que algumas das quais com previsão legal. Nestas reflexões do princípio, encontramos uma ténue linha divisória ou zona fronteira entre o estatuto do arguido como sujeito processual e a sua (eventual) transformação em objeto do processo, como meio de prova, sendo determinante a análise das situações concretas em ordem a concluir pela legalidade (e constitucionalidade) das intromissões na esfera do arguido e da inerente compressão do *nemo tenetur*.

²⁰ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I: noções gerais, elementos do processo penal*, volume I, 6ª edição (revista e atualizada), Verbo, Lisboa, 2010, p. 300 e 301.

²¹ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 18.

2. O *nemo tenetur* no Direito Internacional e Comparado

É possível encontrar normas expressas dedicadas ao *nemo tenetur*, em especial na vertente do direito ao silêncio, em instrumentos jurídicos internacionais e na legislação processual penal de diversos ordenamentos jurídicos de Estados de Direito modernos. Na legislação processual penal europeia, como na Alemanha, Itália ou Espanha, e também no direito processual português, é igualmente possível encontrar essas referências conforme *infra se verá*.

a. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU²², dispõe no seu artigo 14º, nº 3, al. g) que “*Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: [...] A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada*”. A letra desta norma limita-a “aos contributos declarativos que o arguido seja coagido a fornecer em *processo penal*” o que “não impede que no plano interno seja atribuído à prerrogativa contra a autoincriminação um alcance mais vasto. Na linha dos propósitos do Pacto, tido como o depósito dos valores civilizacionais que integram o «denominador constitucional comum» dos Estados-parte, o preceito assinala o «núcleo duro» da garantia e não a sua máxima amplitude, podendo o legislador, no seio de cada ordenamento jurídico, estender a proibição contra a autoincriminação a outras formas de «utilização» do arguido como fonte de prova.”^{23, 24}

²² Este instrumento foi adotado pela Resolução 2200A (XXI) de 16/12/1966 da Assembleia das Nações Unidas e entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 23/03/1976. Em Portugal, esta resolução foi aprovada para ratificação pela Lei nº 29/78, de 12 de junho.

²³ Por exemplo, através da imposição de entrega de documentos, da extração de material corpóreo como saliva, sangue ou até através da expiação de ar (teste do sopro no balão) ou até através da utilização de agentes encobertos.

²⁴ SILVA, Sandra Oliveira e, *O Arguido...*, ob. cit., p. 302.

b. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional²⁵, inspirado por aquela norma do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU²⁶, adotou na sua versão final normas referentes às diferentes fases processuais que visam salvaguardar o direito do suspeito e do arguido à não autoincriminação.

Assim, no que concerne à fase de investigação, o referido diploma no artigo 55º sob a epígrafe “*Direitos das pessoas no decurso do inquérito*”, dispõe que “*Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada*” (nº 1, al. a)) e que “*Nenhuma pessoa poderá ser submetida a qualquer forma de coacção, intimidação ou ameaça, tortura ou outras formas de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*” (nº 1, al. b)). E acrescenta ainda o nº 2, al. b) da mesma norma que “*Sempre que existam motivos para crer que uma pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e que deve ser interrogada pelo procurador ou pelas autoridades nacionais, em virtude de um pedido feito em conformidade com o disposto no capítulo IX, essa pessoa será informada, antes do interrogatório, de que goza [entre outros, do direito] A guardar silêncio, sem que tal seja tido em consideração para efeitos de determinação da sua culpa ou inocência*”.

c. Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁷, embora não exista a previsão de uma norma que se dedique expressamente a este princípio, é possível inferi-la do disposto no artigo 6º, nº 2 como tem feito o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁸. Dispõe esta

²⁵ Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 3/2002, de 18/01, ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 2/2002, de 18/01, publicado em DR série I-A, nº 15, de 18-01-2002 e entrando em vigor na nossa ordem jurídica a 01/07/2002.

²⁶ Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido...*, ob. Cit., p. 303.

²⁷ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi assinada em Roma em 04/11/1950 e entrou em vigor na ordem internacional em 03/09/1953. Porém, apenas foi assinada por Portugal em 22/09/1976 após aprovação para ratificação pela Lei nº 65/78, de 13/10, juntamente com os protocolos adicionais nºs 1, 2, 3, 4 e 5, sendo publicada em DR série I, nº 236, de 13/10/1978 (depois com retificação publicada no DR nº 286, de 14/12/1978) e entrando em vigor na nossa ordem jurídica em 09/11/1978.

²⁸ Com efeito, as instâncias de Direito internacional têm-se pronunciado sobre os mais variados aspetos do regime deste princípio, amplitude e aplicabilidade, como é o caso do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

norma, sob a epígrafe “Direito a um processo equitativo”, que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Efetivamente, esta norma tem um espectro muito menos denso em relação às anteriores, não reconhecendo expressamente o direito ao silêncio e à não autoincriminação do arguido, mas somente um princípio de *presunção de inocência*. Porém, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem reconhecido este direito “como elemento inscrito no étimo do princípio do «*fair trial*»”²⁹. A importância da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vem aliás visivelmente afirmada na Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal. Veja-se logo o considerando 27 que prevê expressamente que “O direito de guardar silêncio e o direito de não se autoincriminar implicam que as autoridades competentes não deverão obrigar o suspeito ou o arguido a fornecer informações se estes não desejarem fazê-lo. A fim de determinar se o direito de guardar silêncio e o direito de não se autoincriminar foi violado, deverá ser tida em conta a interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem do direito a um processo equitativo no âmbito da CEDH.” Conforme alerta ainda SANDRA OLIVEIRA E SILVA, num estudo aprofundado da temática, a interpenetração é afirmada com clareza neste considerando e “resulta depois confirmada no concreto desenho do articulado da Diretiva, em que avultam formulações decalcadas *ipsis verbis* do texto de arrestos”³⁰ do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Também relativamente ao conteúdo e fundamento do direito à não autoincriminação a diretiva surge como um importante instrumento de densificação, designadamente face ao teor dos considerandos 24 a 29 e 45 e dos artigos 7º e 10º, nº 2, ressaltando referências expressas ao direito à não autoincriminação e ao direito ao silêncio. A título de exemplo, vejam-se os considerandos 24 e 25 que atribuem à presunção de inocência o espectro e importância da proteção da proibição contra a autoincriminação e do direito ao silêncio, e em especial a concreta concretização daquela prerrogativa nos considerandos 26 e 28

Porém, uma análise detalhada destes aspetos não se coaduna com a presente exposição. A este propósito, veja-se em maior profundidade COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in: RMP, 128 (Outubro-Dezembro 2011), p. 117 a 183.

²⁹ Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido...*, ob. cit., p. 305.

³⁰ Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido...*, ob. cit., p. 306, fazendo um estudo mais alargado e detalhado desta temática em páginas 308 a 339 da mesma obra. Também nesta matéria trata mais aprofundadamente, analisando decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferidas nesta matéria, COSTA, Joana, *O princípio...*, ob. cit., p. 117 a 183.

dispondo o primeiro que “*O direito de guardar silêncio e o direito de não se autoincriminar deverão aplicar-se a questões ligadas ao ilícito penal que uma pessoa é suspeita ou acusada de ter cometido e não, por exemplo, a questões relativas à identificação do suspeito ou do arguido*”, e o segundo que “*O exercício do direito de guardar silêncio ou do direito de não se autoincriminar não poderá ser utilizado contra o suspeito ou o arguido, nem considerado, em si mesmo, como elemento de prova de que aqueles cometeram o ilícito penal em causa [...]*”. Já o considerando 29, prevenindo eventuais e necessárias restrições, dispõe que “*O exercício do direito de não se autoincriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova que, embora possam ser licitamente obtidos junto do suspeito ou do arguido através do exercício de poderes legais coercivos e que existem independentemente da vontade do suspeito ou do arguido, por exemplo, os elementos recolhidos por força de um mandado, os elementos em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, as amostras de hálito, sangue e urina, bem como de tecido humano para efeitos de testes de ADN*”.

E na sequência destes considerandos, o artigo 7º da diretiva traz nos seus nºs 1 e 2 a regulamentação específica dos titulares do direito ao silêncio e da proibição de autoincriminação que estende quer ao suspeito quer ao arguido, referindo expressamente as barreiras que as autoridades judiciais devem respeitar e o modo de exercício daquelas, dispondo em especial o nº 3 desta norma que “*O exercício do direito de não se autoincriminar não impede a recolha pelas autoridades competentes de elementos de prova que possam ser legitimamente obtidos através do exercício legal de poderes coercivos e cuja existência é independente da vontade do suspeito ou do arguido*” e o nº 5 que “*O exercício do direito de guardar silêncio e do direito de não se autoincriminar dos suspeitos ou dos arguidos não deve ser utilizado contra os mesmos, nem pode ser considerado elemento de prova de que cometeram o ilícito penal em causa.*”

Logo depois, o artigo 10º, nº 2 da diretiva trata as consequências da violação daqueles direitos e coloca em foco os direitos de defesa do arguido e a equidade do processo, dispondo que “[...] *na apreciação das declarações feitas por um suspeito ou por um acusado ou das provas obtidas em violação do direito de guardar silêncio e do direito de não se autoincriminar, sejam respeitados os direitos de defesa e a equidade do processo*”.

d. Ordenamento Jurídico Alemão

Na Alemanha, embora a Constituição não consagre expressamente o *nemo tenetur*, tem sido entendimento “praticamente unânime” da doutrina e da jurisprudência que se trata de um verdadeiro “direito constitucional não escrito.”³¹ “Nesta linha, é já possível contar com um conjunto de significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal, sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional. As hesitações e desencontros a este propósito sobranes circunscrevem-se à identificação da sede jurídico-constitucional da respectiva fundamentação e sancionamento. Assim, a jurisprudência, tanto constitucional como ordinária, propende para reconduzir o princípio à exigência fundamental, e conatural ao Estado de Direito, de respeito pela *dignidade humana*, proclamada no artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental («*Die Würde des Menschen ist unantastbar*»). A doutrina dominante privilegia, pelo contrário, a *liberdade geral de acção* ou o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, constante do artigo 2.º, n.º 1, da mesma Lei Fundamental («*Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade*»).”³² Tal entendimento jurisprudencial e doutrinal parece, assim, assentar sobretudo na proteção da liberdade do arguido por via da sua dignidade humana³³.

O *nemo tenetur* surge expressamente reconhecido no §136³⁴ do Código Processual Penal Alemão (*Strafprozeßordnung – StPO*)³⁵ e as consequências de obtenção de provas sob coação e violação da livre declaração do arguido vêm previstas no §136a³⁶. Face ao teor destas normas parece que, por um lado, o ordenamento jurídico alemão reconhece um amplo direito de intervenção do arguido no processo penal em prol da sua defesa, podendo pronunciar-se e opor-se às suspeitas e à acusação ou, ao invés, ficar em silêncio. E, por outro

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 124.

³² *Idem*, p. 124 e 125.

³³ Num estudo denso e crítico desta temática, veja-se SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido...*, ob. cit., p. 153 a 198.

³⁴ O §136 sob a epígrafe “*First examination*”, dispõe logo no ponto 1 do seguinte modo: “*At the commencement of the first examination, the accused shall be informed of the offence with which he is charged and of the applicable criminal law provisions. He shall be advised that the law grants him the right to respond to the charges or not to make any statement on the charges [...].*”

³⁵ Disponível para consulta em versão inglesa no sítio da internet com o endereço https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, consultado em 09/01/2021.

³⁶ O §136^a, sob a epígrafe “*Prohibited examination methods; prohibited evidence*”, dispõe de regulamentação muito semelhante à que encontramos no artigo 126º, nºs 1 e 2 do CPP, estabelecendo como consequência que “(3) *Statements which were obtained in breach of this prohibition shall not be used, even if the accused consents to their use.*”

lado, ressalta a existência de um limite inequivocamente imposto pelo *nemo tenetur* que veda a obtenção, a utilização e a valoração das provas autoincriminatórias eventualmente obtidas ilícitamente, por obtidas coativamente contra a liberdade do arguido. Já quanto aos deveres de esclarecimento relacionados com o *nemo tenetur*, estes são tratados como regras de produção de prova, cuja violação apenas conduz à mera irregularidade, mas não à nulidade das provas assim obtidas com consequências na sua valoração.

e. Ordenamento Jurídico Italiano

Também no Código de Processo Penal Italiano (*Codice di Procedura Penale*³⁷) é possível encontrar normas que expressamente preveem o direito de o arguido permanecer em silêncio quanto aos factos que lhe são imputados, bem como regras respeitantes à inutilidade das provas obtidas por meios coercivos e contra a sua vontade e que sejam autoincriminatórias. Tal advém dos artigos 64, 188, 191, §2-bis e 494, §1, dos quais decorre expressamente não só um vasto direito de participação do arguido de que deve ser informado, mediante a prestação de declarações ou de ficar em silêncio logo na fase de inquérito e, já na fase de julgamento, de apenas prestar declarações se assim o entender, dando uma clara atenção à necessidade de garantir ao arguido (ou suspeito, como resulta expressamente do artigo 61³⁸) um pleno direito de defesa durante ambas as fases do processo, assim pretendendo garantir a liberdade moral e o direito ao silêncio, bem como a integridade da personalidade do arguido.

E prevê ainda a inutilização de provas autoincriminatórias obtidas por meio de tortura ou por outro meio que limite a liberdade de autodeterminação do arguido, aqui tutelando a liberdade moral do arguido e funcionando o artigo 188 como regra base em matéria de prova adequada para configurar um limite absoluto à admissibilidade de meios ou procedimentos que com ela colidam.

³⁷ Disponível para consulta no sítio da internet com o endereço <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/>, consultado em 09/01/2021.

³⁸ Dispõe o artigo 61, sob a epígrafe “*Estensione dei diritti e delle garanzie dell'imputato*” que “*1. I diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari*”.

f. Ordenamento Jurídico Espanhol

No Ordenamento Jurídico Espanhol, não obstante nenhuma norma constitucional discorra expressamente sobre o princípio *nemo tenetur*, é possível encontrá-lo no Código de Processo Penal (*Código Procesal Penal*³⁹) no âmbito do Livro I, Título V, Capítulo I dedicado ao direito de defesa, à assistência jurídica gratuita e à tradução e interpretação em julgamentos criminais (*Del derecho a la defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales*), dispondo o artigo 118, nº 1, als. g) e h) que o arguido (e suspeito), em liberdade ou preso preventivamente (veja-se aqui o artigo 520º, nº 2, als. a) e b) com semelhante redação), tem o direito de se remeter ao silêncio, de não se confessar culpado e de não prestar declarações contra si mesmo, isto é, de não se autoincriminar.

3. O princípio *nemo tenetur* no Direito Constitucional Português: Fundamento Constitucional

Para uma melhor compreensão do *nemo tenetur*, e sabendo de antemão que não existe nenhuma norma na Constituição da República Portuguesa dedicada expressamente ao mesmo, é de suma importância perceber se este princípio é conciliável ou encontra suporte constitucional e, em caso afirmativo, em que termos. Nesta senda, a doutrina e a jurisprudência têm procurado o fundamento de índole constitucional deste direito, através do agrupamento dos pressupostos que poderão reger a delimitação do seu sentido de proteção, do seu conteúdo e do seu alcance de aplicação, que se torna tarefa essencial, pois que “a identificação dos fundamentos jurídicos do *nemo tenetur* permite iluminar o horizonte axiológico e o seu programa de tutela, sem o qual não pode encontrar-se um critério adequado de delimitação e interpretação”⁴⁰. Com tal tarefa, o que se pretende “não é tanto o reconhecimento do princípio *nemo tenetur* mas antes e sobretudo a definição da sua

³⁹ Disponível para consulta no sítio da internet com o endereço https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=334&modo=2¬a=0&tab=2, consultado em 09/01/2021.

⁴⁰ SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido...*, ob. cit., p. 151.

compreensão e alcance, isto é, a precisa demarcação da respetiva área de tutela que suscita dificuldades”⁴¹.

Tem sido unanimemente aceite pelas nossas doutrina e jurisprudência a natureza constitucional implícita⁴² do *nemo tenetur*, alicerçada em diferentes fundamentos, uns de índole substantiva, enquanto direito material de liberdade, e outros de índole processual, enquanto garantia processual fundamental. Como alerta VÂNIA COSTA RAMOS, “um direito que emana directamente da dignidade da pessoa humana não será passível de sofrer as mesmas restrições que um direito decorrente de garantias processuais. Enquanto o primeiro será um direito de natureza tendencialmente absoluta, já o direito fundado em garantias processuais poderá ser sujeito a certas limitações.”⁴³

Em suma, não parecem existir dúvidas sobre a dignidade constitucional do *nemo tenetur*. Mas aquele que é o fundamento sobre que assenta a constitucionalidade do *nemo tenetur* já é matéria discutida e de relevo para compreensão da delimitação do seu alcance normativo e contornos e, concretamente, para a determinação de eventuais restrições do mesmo. Impõe-se, por isso, a definição de um critério apto a discernir, nas zonas críticas de fronteira, entre a colaboração coercivamente imposta (proibida) e a mera sujeição a diligências de prova (permitidas).

a. Fundamento Constitucional de índole substantiva

À semelhança do que se verifica no ordenamento jurídico alemão, também em Portugal existem defensores de um fundamento constitucional de índole substantiva, embora em diferentes moldes, como é o caso de MANUEL DA COSTA ANDRADE⁴⁴, entendendo que embora a dignidade da pessoa humana não seja o fundamento do *nemo tenetur* é o direito que este visa proteger. Assim, reconduz este princípio à proteção mediata da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais com ela relacionados, nomeadamente os direitos

⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 127.

⁴² ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 125; DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, *O direito...*, ob. cit., p. 14 e 15.

⁴³ RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, in: Revista do Ministério Público, nº 109, Jan/Mar 2007, p. 58.

⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo tenetur...*, ob. cit., p. 146; ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p.125 e 126.

à liberdade e integridade pessoal e à privacidade. Neste seguimento, preconiza este autor que o *nemo tenetur* assenta numa ideia de dignidade humana e surge como emanção do direito geral de personalidade, que impõe que o arguido possa livremente decidir se quer ou não ser utilizado como instrumento na sua própria condenação. É com base neste fundamento que o mesmo autor encontra a extensão do *nemo tenetur*, defendendo, em consonância com a maioria da doutrina e jurisprudência alemãs, que “partindo da dignidade humana, o *nemo tenetur* define a fronteira inultrapassável do inexigível” e seria sempre “inexigível e incompatível com a dignidade da pessoa humana, o recurso à coacção para obrigar (o arguido) a oferecer, com as suas próprias mãos, os pressupostos da sua condenação penal ou da aplicação das correspondentes sanções.”⁴⁵, isto é, a autoincriminar-se. E assim concluindo que o *nemo tenetur* goza de uma tutela absoluta, “no sentido de que não comporta relativização em sede de ponderação. [...] o princípio *nemo tenetur* está subtraído a todo o juízo de ponderação [...] mesmo face aos interesses ou valores de maior relevo e eminência comunitária”⁴⁶, estando subtraído à “balança da ponderação”, que “não comporta relativização, gozando de tutela absoluta, independentemente dos valores ou interesses que em concreto se lhe contrapõem” e que “será forçoso levar o *nemo tenetur* à área nuclear e inviolável da personalidade, também ela subtraída à ponderação e a gozar de uma tutela absoluta”, sendo certo que esta compreensão “emerge como decorrência linear da dignidade da pessoa, raiz matricial do *nemo tenetur* e realidade numenal que nele se espelha e mostra”⁴⁷.

Para chegar a tal entendimento, os defensores de um fundamento substantivo do *nemo tenetur* distinguem entre comportamentos autoincriminatórios ativos e passivos⁴⁸, defendendo que “Se é verdade que o arguido é instrumento da sua própria incriminação não apenas quando colabora com uma conduta ativa, mas também quando é obrigado a tolerar, contra a sua vontade, a utilização do seu corpo como meio de prova, [conduta passiva] não se pode no extremo oposto pretender que as garantias processuais eliminem todas as possibilidades de utilização de elementos probatórios provenientes da esfera do arguido.”⁴⁹

Partindo desde logo do “conteúdo nuclear” do *nemo tenetur*, “a significar que ninguém pode ser coativamente obrigado a contribuir ativamente para a sua própria

⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo tenetur...*, ob. cit., p. 146.

⁴⁶ *Idem*, p. 146.

⁴⁷ *Idem*, p. 147.

⁴⁸ *Idem*, p. 143 e 144.

⁴⁹ Silva, Sandra Oliveira e, ob. cit., p. 379.

condenação em processo criminal”, explica MANUEL DA COSTA ANDRADE que o princípio “(apenas) proíbe a coação para a colaboração ativa na própria condenação”⁵⁰, reconhecendo, porém, que esta está longe de ser uma tese pacífica na doutrina e jurisprudência alemãs e europeias. E prossegue o autor explicando que tal entendimento é mormente compaginável à custa de uma “redução da complexidade” do problema em duas linhas de fronteira: Uma primeira, respeitante à limitação da área de tutela dos contributos autoincriminatórios ativos, tendo como reverso a irrelevância dos contributos passivos do arguido, nomeadamente os resultantes da tolerância passiva às injunções ou intromissões das autoridades ou das intromissões no corpo do arguido; e uma segunda, ligada à limitação do *nemo tenetur* aos casos de obtenção coativa dos gestos autoincriminatórios, com exclusão das formas enganosas.

Quanto à primeira, afirma o autor que se verifica uma efetiva contraposição entre colaboração ativa e colaboração passiva indispensável para sustentar uma diferença tão drástica de regime⁵¹, distinção a levar a cabo com recurso ao critério da dignidade pessoal do arguido convertido em instrumento da sua própria condenação. Assim, seriam comportamentos passivos a “recolha de provas à custa do aproveitamento e da manipulação de um arguido passivo, nas situações em que ele é legitimamente tratado como objeto de prova” – neste caso, a prova, embora obtida à custa de uma intromissão (forçada) na esfera do arguido, aparecerá como uma normal prova produzida pelas instâncias da perseguição penal. E seriam comportamentos ativos a “apresentação de provas produzidas pelo arguido e, como tais, levadas à conta de ecos ou reflexos da “sua” versão dos factos, *sc.*, da “sua” verdade”, ou até mesmo como “expressões da sua personalidade”⁵² – neste caso, a prova sempre poderá reivindicar-se da plausibilidade acrescida de aparecer no processo como projeção direta da personalidade e da ação do arguido. E é esta, segundo o autor, aquela que corresponde à “forma mais perversa de atentado à dignidade e autonomia pessoais.”⁵³

Quanto à segunda, expõe o autor as divergências e evolução das duas modalidades de colaboração na perspetiva da delimitação da fronteira entre coação e meios enganosos, quer entendidas restritivamente, limitando o *nemo tenetur* à autoincriminação coativa e

⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo tenetur...*, p. 143.

⁵¹ Contrariamente a outros autores, como Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, que defendem a exigência do tratamento comum destas duas modalidades. *In*: DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, *ob. cit.*, p. 29 e seguintes.

⁵² ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo Tenetur...*, *ob. cit.*, p. 144.

⁵³ *Idem*, p. 144.

consciente, quer de forma alargada e extensiva, abarcando também autoincriminação obtida mediante engano ou erro, ou seja, inconsciente. Nesta senda, afirma o autor que esta última interpretação é apta a assegurar uma proteção “congruente” do bem jurídico *liberdade de autodeterminação*, isto é, a “liberdade do arguido de ser ele próprio a decidir se quer ou não colaborar activamente na clarificação da matéria de facto [...] uma solução que acaba por absorver uma parte significativa do regime dos *meios enganosos* (artigo 126.º, n.º 2 al. a) do CPP) e particularmente dos meios ocultos de investigação, v. g. as *acções encobertas*.”⁵⁴

Quanto a nós, não olvidamos a inegável força do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado logo no artigo 1º da nossa Constituição, de resto partilhando da opinião de que esta dignidade se estende ao processo penal, de forma a garantir ao arguido um processo justo e equitativo. É também certo que apesar de o arguido se encontrar numa situação de suspeita da prática de algum crime, merece o mesmo respeito e dignidade que qualquer outro cidadão, a mesma proteção da sua liberdade e vontade na submissão a métodos de obtenção prova. Porém, em nossa opinião, o problema desta visão que encontra o fundamento constitucional do *nemo tenetur* no âmago do princípio da dignidade da pessoa humana, é precisamente que o transforma num princípio de aplicação absoluta e insuscetível de qualquer restrição, que não se compagina com a realidade do nosso ordenamento jurídico e com a lei processual penal em vigor. É que nesta perspetiva o núcleo essencial do princípio torna-se de tal modo amplo, que afasta por completo os interesses na eficiência da justiça criminal, na perseguição de crimes ou o interesse público na perseguição penal, significando que estes não podem justificar qualquer meio atentatório do direito à não autoincriminação do arguido, acabando por ser utilizado como forma de isentar os agente do crime de toda a perseguição penal ou até mesmo, indo mais longe, de *legitimar* a prática de ilícitos criminais.

b. Fundamento Constitucional de índole processual

Afastando-se de tal entendimento, surge outro sector da doutrina, um sector maioritário, defendendo que o *nemo tenetur* tem um fundamento constitucional de índole eminentemente processual, embora com diferentes nuances.

⁵⁴ *Idem*, p. 145.

Entendem MARIA JOÃO ANTUNES⁵⁵ e MARIA FERNANDA PALMA⁵⁶ que o *nemo tenetur* se funda na estrutura acusatória do processo penal consagrado no nº 5 do artigo 32º da CRP da qual é característica “a atribuição ao arguido do estatuto de sujeito processual, como decorre expressamente do artigo 60 do CPP e do preceito que recebe o catálogo dos direitos (e deveres) processuais daquele (artigo 61 do CPP)”⁵⁷. Enquanto sujeito processual, o arguido “na veste de meio de prova, está armado com a garantia da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”⁵⁸ e igualmente com um leque de garantias de defesa, “de modo que, na sua substância, prevalecem sobre a verdade material”⁵⁹. Face às garantias de defesa que a lei atribui ao arguido, este assume o estatuto de verdadeiro sujeito processual durante todo o decurso do processo penal, “posição que lhe permite uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de direitos processuais autónomos”⁶⁰. E essas “garantias de defesa exprimem-se, nomeadamente, nos direitos de declaração e de silêncio previstos no artigo 343º do Código de Processo Penal.”⁶¹.

Conforme ensina MARIA JOÃO ANTUNES, “A constituição de arguido é uma garantia por dela decorrer para o arguido o estatuto de sujeito processual durante todo o decurso do processo penal (artigo 57º, nº 2, do CPP), posição processual que lhe permite uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de direitos processuais autónomos, legalmente definidos, que deverão ser respeitados por todos os intervenientes no processo penal (entre outros, artigos 60º e 61º, nº 1 do CPP).”⁶² Nesta sequência, entende a mesma autora que o estatuto processual do arguido está conformado em três vetores: o direito de defesa do arguido, o princípio da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação e o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido. E é aqui que enquadra o direito à não autoincriminação, enquanto direito de o arguido permanecer em silêncio quanto às declarações sobre os factos

⁵⁵ ANTUNES, Maria João, *Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido*, in: Sub Judice, nº 4 1992, p. 25; ANTUNES, Maria João, *Direito Processual...*, ob. cit. p. 36 a 39.

⁵⁶ PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º do Código do Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)*, RMP, Ano 15, nº 60, 1994, p. 101 e ss.

⁵⁷ ANTUNES, Maria João, *Direito ao silêncio...*, ob. cit., p. 25.

⁵⁸ *Idem*, p. 25 e 26.

⁵⁹ PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade...*, ob. cit., p. 107.

⁶⁰ ANTUNES, Maria João, *Direito Processual...*, ob. cit., p.39.

⁶¹ PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade...*, ob. cit., p. 107.

⁶² ANTUNES, Maria João, *Direito Processual...*, ob. cit., p.39.

que lhe são imputados⁶³. “O princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido implica que lhe seja reconhecido o direito ao silêncio relativamente às perguntas que lhe sejam feitas quanto aos factos que lhe são imputados e ao conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. Este direito “é uma das garantias de defesa que o processo criminal assegura ao arguido presumido inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32º, nºs 1 e 2, da CRP).”⁶⁴, que assim tem um fundamento constitucional de cariz processual.

Como consequência desta posição, o direito ao silêncio constitui uma “verdadeira proibição de valoração da prova: o silêncio não pode desfavorecer o arguido, seja total (artigo 343º, nº 1, do CPP) ou parcialmente (artigo 345º, nº 1, do CPP)”⁶⁵, recaindo sobre os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias um dever de esclarecimento do conteúdo do direito ao silêncio, conforme dispõem os artigos 61º, nº 1, al. h); 141º, nº 4; 143º, nº 2 e 343º, nº 1 do CPP, sob pena de redundar na proibição de valoração das declarações prestadas e na inutilização da prova assim obtida, conforme disposto no artigo 58º, nº 5 do CPP.

Em sentido semelhante expende GERMANO MARQUES DA SILVA, alertando para o facto de que “a constituição de arguido é um dever, verificados os respetivos pressupostos, para a defesa do próprio arguido e é um direito deste para poder gozar dos direitos inerentes à qualidade de sujeito processual”⁶⁶, entendendo ainda que o expoente do direito de defesa do arguido no decurso do interrogatório é o direito ao silêncio, que “comina com a sanção da *inadmissibilidade* contra o declarante a prova constituída pelas declarações prestadas pela pessoa que deveria antes ter sido constituída como arguido (art. 58.º, n.º5)”⁶⁷. O fundamento constitucional do direito ao silêncio será, pois, o direito de defesa do arguido, que é conferido a partir do momento em que é formalmente constituído nessa qualidade ou em que o suspeito deveria ter sido constituído arguido, já que a partir desse momento, “é-lhe assegurado o exercício de direitos e deveres processuais” e “adquire a qualidade de sujeito processual e como tal passa a ser titular dos direitos e submetido aos deveres processuais que integram o seu estatuto (art. 61.º).”⁶⁸ Já “quando se verificarem os pressupostos para a constituição de arguido sem que essa constituição se verifique, as declarações prestadas pela

⁶³ *Idem*, p.42.

⁶⁴ *Idem*, p.125.

⁶⁵ ANTUNES, Maria João, *Direito ao silêncio...*, ob. cit., p. 26.

⁶⁶ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo...*, ob.cit, p. 320.

⁶⁷ *Idem*, p. 301.

⁶⁸ *Idem*, p 305.

pessoa visada não podem ser utilizadas como prova contra ela (art. 58.º, n.º 3).⁶⁹ Mas acrescenta ainda o mesmo autor que “o silêncio do arguido não pode ser interpretado como presunção de culpa; ele presume-se inocente (art. 32.º, n.º 2, da CRP)”⁷⁰ aqui dando a entender que, não só o direito ao silêncio se funda no direito de defesa do arguido, enquanto sujeito processual, mas também na medida em que aquele se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, assim ao abrigo, respetivamente, do artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP.

Outros autores, apelando também às garantias processuais reconhecidas pela Constituição ao arguido, encontram o fundamento constitucional do *nemo tenetur* exclusivamente no princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32º, nº 2 da CRP. Este princípio significa que, por um lado, o arguido é presumivelmente inocente até ao trânsito em julgado da sentença que o condene, e, por outro, que não cabe ao arguido participar na produção de prova contra a sua vontade, “ou seja, é exactamente porque ele beneficia desta presunção (que determina a inversão do ónus da prova), devendo mesmo ser absolvido em caso de dúvida acerca da autoria da infracção penal (é o conhecido princípio *in dubio pro reo*), que o arguido não pode assumir a dupla veste de investigador e investigado”⁷¹. Por isso, cabe ao Estado provar que o arguido é o autor do crime que está a ser investigado e não deve o arguido ser coagido a contribuir para a sua própria condenação. Afirma MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA que o *nemo tenetur* “nada mais é do que uma decorrência do princípio da presunção de inocência. A impossibilidade de obrigar alguém a contribuir para a sua própria condenação é decorrência da imposição absoluta de ónus da prova da infração ao acusador e inexistência de ónus da prova a cargo do acusado, que por sua vez derivam do postulado do artigo 32º, nº2 da CRP.”⁷²

Já PAULO SOUSA MENDES, defendendo igualmente a dignidade constitucional do *nemo tenetur* de pendor processualista, encontra o seu fundamento nas garantias de defesa do arguido, nos termos do artigo 32º, nº 1 da CRP, mas aproximando-se do princípio do julgamento justo e equitativo, ao abrigo do artigo 20º, nº 4 da CRP, entendendo que “A principal dimensão da ideia de processo justo e equitativo é o *nemo tenetur se ipsum*

⁶⁹ *Idem.*, p. 305.

⁷⁰ *Idem.*, p. 315.

⁷¹ SÁ, Líliliana da Silva, *O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação*, in: RMP, nº 107, ano 27, Jul-Set 2006, p. 133.

⁷² SILVA, Maria de Fátima Reis, *O direito à não autoincriminação*, in: Sub Judice, Almedina, nº 40, julho-setembro 2007, p. 63 e 64.

accusare”, sendo o direito ao silêncio “um dos pilares do processo penal português.”⁷³, expressamente previsto na nossa lei. Também VÂNIA COSTA RAMOS encontra o fundamento constitucional do *nemo tenetur* na garantia do processo equitativo, como dimensão processual do princípio do Estado de Direito. Entende esta autora que “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.”⁷⁴ E, como tal, “o *nemo tenetur* é também um dos corolários do processo equitativo, à semelhança da presunção de inocência, do direito de ser ouvido e do princípio do contraditório.”⁷⁵

c. Fundamento Constitucional na Jurisprudência

Também a jurisprudência entende o princípio *nemo tenetur* como um *direito constitucional do processo penal não escrito*.

A título de exemplo, veja-se a posição seguida pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 695/95⁷⁶, que encontrou este princípio quer no seio do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, admitindo que o direito ao silêncio é uma componente das garantias de defesa aí asseguradas ao arguido durante todo o processo penal, estando protegida a sua posição enquanto sujeito processual, quer ao abrigo do princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 32.º, n.º 2 da CRP. Conforme discursa aquele tribunal no referido acórdão “O princípio constitucional de que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa tem como conteúdo essencial a exigência de que o arguido, seja tratado como sujeito e não como objecto do procedimento penal, garantindo-lhe a Constituição, com essa finalidade, não só um direito de defesa (artigo 32.º, n.º 1), a que a lei confere efectividade através de direitos processuais autónomos a exercer durante o processo e que lhe permitem conformar a decisão final do processo, mas também a presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação, elemento fundamental naquela perspectiva. [...] Este direito ao silêncio está directamente relacionado com o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo

⁷³ MENDES, Paulo Sousa, Lições de Direito Processual Penal, ... p. 209 e 210.

⁷⁴ RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido...*, ob. cit., p. 70.

⁷⁵ *Idem*, p. 71.

⁷⁶ Ac. do TC n.º 695/95, processo n.º 351/95, relator Vítor Nunes de Almeida, disponível para consulta em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950695.html>.

32º, nº 2 da Constituição). Com efeito, o interrogatório do arguido - exceptuadas as declarações finais antes do encerramento da audiência de julgamento, em que é perguntado se tem mais alguma coisa a alegar em sua defesa (artigo 361º do CPP) - pode vir a ser utilizado como um meio de prova: as declarações do arguido podem constituir um importante meio de obter a verdade material dos factos, ponto é que se respeite a livre determinação da sua vontade. [...] De facto, o princípio da presunção de inocência ínsito no nº 2 do artigo 32º da Constituição, não só obsta a tal tipo de interpretação como também, se conexas com o princípio da preservação da dignidade pessoal do arguido, leva a que a utilização do arguido (v.g., das suas declarações) como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito da sua decisão de vontade.” Esta jurisprudência foi posteriormente seguida em acórdãos do mesmo tribunal, designadamente no acórdão nº 304/2004⁷⁷ relativamente ao depoimento prestado por coarguido de um mesmo crime ou de crime conexo em processo separado; no acórdão nº 155/2007⁷⁸ em matéria de colheita coativa de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético; e no acórdão nº 461/2011⁷⁹ em matéria de entrega de documentos e informações em sede contraordenacional.

Mais recentemente, no acórdão nº 340/2013, a respeito dos deveres de entrega de documentos no domínio tributário, entendeu o mesmo Tribunal que “Os direitos ao silêncio e à não autoincriminação devem considerar-se incluídos nas garantias de defesa que o processo penal deve assegurar (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição), não deixando estes direitos processuais de proteger mediata ou reflexamente a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais com ela conexos, como sejam os direitos à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à privacidade, não se revelando necessário, para sustentar o acolhimento constitucional, o recurso a parâmetros mais genéricos ou distantes como o direito ao processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição) ou à presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição).”⁸⁰

⁷⁷ Ac. do TC nº 304/2004, processo nº 957/2003, publicado em DR nº 169/2004, Série II de 2004-07-20, pp. 10911 a 10914).

⁷⁸ Ac. do TC nº 155/2007, processo nº 695/06, publicado em DR nº 70/2007, Série II de 2007-04-10, pp. 9088 a 9100).

⁷⁹ Ac. do TC nº 461/2011, processo 366/11, publicado em DR nº 243/2011, Série II de 2011-12-21, pp. 49522 a 49531.

⁸⁰ Ac. do TC nº 340/2013, publicado em DR, 2ª série — Nº 218 — 11 de novembro de 2013, Parte D, p. 33119.

d. Posição adotada

Quanto a nós, se é certo, segundo nos parece, que o princípio da presunção de inocência e o direito ao *fair trial* decorrem necessariamente da estrutura predominantemente acusatória do nosso processo penal e que encontram estreita ligação às garantias de defesa do arguido, incluindo o direito ao silêncio deste sujeito processual⁸¹, parece-nos também que não é exclusivamente nestes que conseguimos encontrar a base da dignidade constitucional reconhecida ao *nemo tenetur*. Conforme alerta SANDRA OLIVEIRA E SILVA e que neste ponto seguimos, “da presunção de inocência não decorre como corolário necessário o direito ao silêncio e à não autoincriminação. A circunstância de o tribunal estar obrigado a decidir *favor rei* todas as situações de impasse probatório, absolvendo na falta de uma convicção a veracidade dos factos imputados para além de toda a dúvida razoável, desonera o arguido do encargo de provar a sua inocência (os factos que lhe sejam favoráveis), mas não esclarece de que meios probatórios, trazidos pela acusação ou produzidos oficiosamente, se pode servir o tribunal para firmar uma convicção definitiva sobre os relevantes para a decisão final. Dito de outro modo: o facto de a lei não fazer impender sobre o sujeito processual a carga da prova [...] não exclui a imposição de um dever de declarar ou de contribuir com o próprio corpo para a descoberta da verdade, porventura caucionado com a previsão de sanções (multas processuais, penas criminais) e ilações probatórias desfavoráveis [...]”⁸² como ocorre no nosso sistema processual penal.

Parece-nos que efetivamente é ao abrigo do artigo 32º, nº 1 da CRP, concretamente no âmago das garantias de defesa conferidas ao arguido, que o *nemo tenetur* encontra assento (implícito) constitucional, não olvidando a importante ligação da presunção de inocência consagrada no nº 2 do artigo 32º da CRP àquelas e que as complementa, impondo que o direito à presunção de inocência obrigue “a que o Estado, no âmbito do processo e inclusive fora dele, considere e trate o arguido não como se fosse culpado, mas como se fosse inocente”⁸³. O nº 1 do artigo 32º da CRP, tendo um conteúdo normativo próprio, também condensa todas as normas dos restantes números daquele preceito, entre as quais precisamente este princípio da presunção de inocência, no seu nº 2.

⁸¹ Conforme alerta VÂNIA COSTA RAMOS, “ambos são tutelados constitucionalmente com o mesmo objectivo, o de garantir o tratamento do arguido como sujeito do procedimento penal” – in: RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000 - Imposição ao arguido...*, ob. cit., p. 68.

⁸² SILVA, Sandra de Oliveira e, *O Arguido...*, ob. cit., p. 219.

⁸³ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., pp. 35 e 36.

Por conseguinte, eventuais compressões do direito à não autoincriminação deverão ser analisadas e ponderadas sob o escrutínio, para além do artigo 18º, nºs 2 e 3 da CRP, também do artigo 32º, nº 1 da CRP, ainda conjugado com o nº 2 da mesma norma.

4. O *nemo tenetur* no Direito Processo Penal Português

Como anteriormente explanado, não obstante não seja possível encontrar consagração expressa do *nemo tenetur* na Constituição da República Portuguesa, é inquestionável a natureza constitucional implícita deste princípio, reconhecida pela generalidade da doutrina e jurisprudência. E é possível encontrar normas no nosso Código de Processo Penal que densificam este princípio, embora limitado à sua vertente de direito ao silêncio.

Com efeito, não obstante o direito à não autoincriminação seja mais vasto, sendo o direito ao silêncio “apenas uma manifestação concreta do direito à não autoincriminação”⁸⁴, apenas existe previsão expressa deste último, subsumindo-se no direito a “não responder a perguntas que forem feitas no decurso de interrogatórios ou na audiência de julgamento sobre factos de que se é acusado”⁸⁵. Assim, “É incontestada a existência de uma prerrogativa do arguido a não ser obrigado a colaborar na sua própria incriminação – pelo menos, na sua manifestação mais elementar de um ilimitado e irrestrito direito ao silêncio.”⁸⁶

Por ser um verdadeiro sujeito processual, o arguido goza de um vasto leque de direitos e deveres, expressamente dispostos nos artigos 60º e 61º do CPP. A este propósito, dispõe o artigo 61º, nº 1, al. d) que “*O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as exceções da lei, dos direitos de: [...] 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 o mesmo direito decorre quanto à testemunha quando das suas declarações possa resultar a sua autoincriminação, conforme resulta do artigo 132º, nº 2 do CPP que dispõe que “*não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal*”. Neste caso, a testemunha pode remeter-se ao silêncio, seguindo-se a sua constituição obrigatória como arguido, nos

⁸⁴ SILVA, Maria de Fátima Reis, *O direito...*, ob. cit., p. 65.

⁸⁵ *Idem*, p. 65.

⁸⁶ SILVA, Sandra Oliveira e, *O Arguido...*, ob. cit., p. 368.

termos do artigo 59º do CPP, usufruindo conseqüentemente do estatuto deste sujeito processual.

O direito ao silêncio tem uma grande amplitude em todo o processo, podendo ser exercido em qualquer fase do processo penal. Veja-se desde logo a sua aplicabilidade nas fases preliminares do processo, dispendo os artigos 141º, nº 4, 143º, nº 2 e 144, nº 1 do CPP que em qualquer interrogatório de arguido aquele pode exercer o direito ao silêncio, abstendo-se de prestar declarações sem que tal o possa prejudicar. E, também assim, na fase de julgamento aquele pode abster-se de prestar declarações e remeter-se ao silêncio, conforme dispõem expressamente os artigos 343º, nº 1 e 345º, nº 1 do CPP, quer essas declarações possam ter teor autoincriminatório, quer não.

a. Limitações ao princípio *nemo tenetur*

Se é verdade que o *nemo tenetur* protege o visado em processo penal no que concerne à prestação de declarações, assegurando-lhe um amplo direito ao silêncio ou de liberdade de declaração, também é verdade que outras formas existem de obter prova *através do arguido*, podendo a prova assim obtida revelar-se autoincriminatória. É que, conforme já tivemos oportunidade de referir anteriormente, este não é um princípio absoluto. Outrossim, contem limitações expressamente previstas na nossa lei e que, como tal, se impõem ao visado em processo penal. Aliás, resulta do rol de deveres impostos ao arguido o de se sujeitar a diligências de prova, conforme dispõe o artigo 61º, nº 6, al. d) do CPP, aqui constituindo *meio* de prova. Tal ocorre “Em *sentido material*, através das *declarações* prestadas *sobre factos*”⁸⁷, sempre que estas tenham sido legalmente obtidas, isto é, fruto de uma decisão livre e informada do arguido que se predispõe a prestar declarações. Mas tal ocorre igualmente “Em *sentido formal*, na medida em que o seu corpo e o seu estatuto corporal podem ser objeto de *exames* (arts. 61.º/6/d) e 171.º e ss.) e de *revistas* (arts. 61.º/6/d) e 174.º).”⁸⁸

Existem ainda outros casos concreta e expressamente previstos na nossa lei que obrigam o arguido à sujeitar-se a diligências de prova, nomeadamente, a recolha de ar expirado e as colheitas de sangue no domínio da condução rodoviária (artigos 152º, 153º,

⁸⁷ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 48.

⁸⁸ *Idem*, p. 49.

156º e 157º do Código da Estrada, aprovado pelo DL nº 114/94, de 03 de Maio), a realização de exames médico-legais (artigo 6º da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, que aprovou o Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses e nos artigos 61º, nº 3, al. d) e 172º, nº 1 do CPP), ou a entrega de documentos no cumprimento de deveres de cooperação perante a autoridade da concorrência (ao abrigo da Lei nº 19/2012, de 08 de Maio, que aprovou o Novo Regime Jurídico da Concorrência), perante a administração tributária (ao abrigo da Lei Geral Tributária aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro e do Regime Complementar de procedimento de Inspeção Tributária, aprovado pelo DL nº 413/98, de 31 de dezembro), ou perante a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (ao abrigo do Decreto-Lei nº 486/99, de 13 de novembro que aprovou o Código dos Valores Mobiliários, republicado pela Lei nº 35/2018).

A constitucionalidade (em concreto) destas restrições foi já alvo de estudo pelo Tribunal Constitucional, nomeadamente no Ac. nº 304/2004 relativamente ao depoimento prestado por coarguido de um mesmo crime ou crime conexo em processo separado; no Ac. 155/2007 em matéria de realização de exame, mais concretamente, a colheita de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético; no Ac. 461/2011 em matéria de entrega de documentos e informações em sede contraordenacional; e no Ac. nº 340/2013, a respeito dos deveres de entrega de documentos no domínio tributário. E em todas estas situações as restrições foram julgadas constitucionais.

Outra importante limitação do *nemo tenetur* é aquela que respeita à obrigatoriedade de identificação do arguido⁸⁹. Com efeito, os artigos 61º, nº 6, al. b), 141º, nº 3, 143º, nº 2 e 342º do CPP impõem ao arguido o dever de responder e de o fazer com verdade às questões respeitantes à sua identidade. Recusando-se a fazê-lo ou não o fazendo com verdade será criminalmente sancionado por incorrer, respetivamente, na prática de crime de desobediência, p. e p. pelo artigo 348º do CP, ou na prática de crime de falsidade de declaração, p. e p. pelo artigo 359º, nº 2 do CP.

⁸⁹ Hoje, esta limitação já não se estende aos antecedentes criminais do arguido e à obrigação de os revelar, após a declaração de inconstitucionalidade do artigo nº 2 do artigo 342º do CCP, no Ac. nº 395/95 do TC.

b. Medidas legais que asseguram o cumprimento do *nemo tenetur*

Como vimos, o *nemo tenetur* surge na nossa lei majoritariamente na sua vertente de direito ao silêncio e de liberdade de declaração, conforme resulta expressamente dos artigos 61º, nº 1, al. d), 141º, nº 4, al. b), 343º, nº 1 e 345º, nº 1, 2ª parte do CPP.

Para que estas disposições tenham eficácia e aplicabilidade prática, isto é, para que o arguido possa efetivamente escolher se pretende ficar em silêncio ou, pelo contrário, se pretende prestar declarações e, ainda, de forma que conheça que goza deste direito, recaem sobre as entidades encarregues de cada fase processual deveres de informação e de advertência, legalmente impostos e de cujo incumprimento resultam consequências ao nível da valoração da prova obtida. É desde logo o que ressalta do disposto na al. h), do nº 1 do artigo 61º do CPP, nos termos da qual “*O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as exceções da lei, dos direitos de [...] Ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem.*”, entre os quais o direito ao silêncio, disposto na al. d) do mesmo dispositivo legal. E igualmente na fase em que o visado no processo ainda é mero suspeito da prática de crime e se imponha a sua constituição como arguido, ao abrigo do disposto no artigo 59º, nºs 1 e 2 do CPP, este merece “*se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no artigo 61º*”, conforme dispõe o nº 2 do artigo 58º do CPP.

Tal obrigação resulta também especificamente das disposições referentes a cada fase processual. Em sede de inquérito, decorre expressamente dos artigos 141º, nº 4, al. a) e 144º, nº 2 e em sede de julgamento do artigo 343º, nº 1 do CPP, sendo que nesta matéria inexistem na lei quaisquer exceções.

Do mesmo modo e com o mesmo objetivo, justifica-se que a lei também imponha às mesmas entidades deveres de advertência do arguido no que concerne às consequências quer de não prestar declarações, remetendo-se ao silêncio, quer da decisão contrária de prestar declarações. Tal resulta do disposto no artigo 141º, nº 4, al. b) do CPP, nos termos do qual o juiz deve informar o arguido “*De que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova*” e dos artigos 343º, nº 1 *in fine* e 345º, nº 1, 2ª parte do CPP, que assim estabelecem uma proibição de valoração contra o arguido. Lembre-se que o silêncio deste deve ser

entendido como mera ausência de resposta, não podendo ser valorado como indício ou presunção de culpa, nem sequer valorado, uma vez provada a culpa, como fator de determinação da medida concreta da pena ou de escolha da pena, nos termos dos artigos 70º e 71º, nº 2, al. e) do CP, nem, ainda, sujeito a livre apreciação da prova. O silêncio só será desfavorável ao arguido “de um ponto de vista fáctico (não de um ponto de vista jurídico)”⁹⁰. O único prejuízo para o arguido decorrente do seu silêncio será a omissão e consequente desconhecimento pelos órgãos de polícia criminal e autoridade judiciária de eventuais situações que poderiam atuar como causas de exclusão da ilicitude ou de justificação da culpa, e que, assim, atuariam a seu favor porque o poderiam desresponsabilizar penalmente ou influir positivamente na determinação da pena: “então, mas *só então*, representará o exercício de tal direito um *privilegium odiosum* para o arguido”⁹¹.

Simultaneamente, recai sobre as mesmas entidades o dever de informar o arguido do direito de constituir defensor, conforme dispõe o artigo 61º, nº 1, al. f) do CPP, impondo-se a sua presença, designadamente, em interrogatórios de arguido detido ou perante autoridade judiciária, no debate instrutório e em julgamento, conforme dispõe o artigo 64º, nº 1 do CPP. Desta forma, o defensor poderá igualmente elucidar e esclarecer o arguido relativamente ao direito daquele a prestar declarações ou, ao invés, a permanecer em silêncio, das respetivas consequências, bem como da conveniência ou não de prestar declarações⁹², consoante a estratégia de defesa que venha a ser delineada⁹³.

Também o suspeito e a testemunha podem fazer-se acompanhar de advogado sempre que hajam de prestar depoimento, aqui recaindo sobre este o dever de os informar “*quando*

⁹⁰ ANTURES, Maria João, *Direito Processual...*, ob. cit., p. 130.

⁹¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 1ª edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 449.

⁹² Importante se torna igualmente transmitir ao arguido que, pretendendo prestar declarações, poderá confessar ou negar os factos ou a sua participação neles e indicar as causas que possam excluir a ilicitude ou a culpa, bem como quaisquer circunstâncias que possam relevar para a determinação da sua responsabilidade ou da medida da sanção, conforme dispõe o nº 5 do artigo 141º do CPP. Sendo que já em fase de julgamento poderá intervir sempre que pretenda, conforme dispõe o artigo 343º, nº 1 do CPP. Mas tal opção fará geralmente parte da estratégia de defesa delineada com o defensor.

⁹³ Com efeito, “A participação do defensor no processo penal visa, antes de mais e fundamentalmente, dar consistência ao direito de defesa de que o arguido é titular, relevando, sob esta perspetiva, como direito *subjetivo* fundamental do arguido, intrinsecamente ligado ao seu direito de defesa” sendo ainda que “A intervenção do defensor no processo é igualmente reclamada pelo *interesse público na realização da justiça penal*: a efetivação do direito de defesa é uma condição imprescindível para uma cabal prossecução desta finalidade do processo penal; [...]. Promove-se, assim, do mesmo passo, um equilíbrio na competência de ação, também ela importante para uma boa administração da justiça penal: se, de um lado, a promoção do processo fica a cargo de juristas, os magistrados do Ministério Público; do outro, a defesa é igualmente assegurada por juristas, os advogados.” – DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 51 e 52.

entender necessário, dos direitos que lhe assistem, sem intervir na inquirição”, nomeadamente do direito de se constituir arguido sempre que do seu depoimento possa resultar a sua autoincriminação, conforme resulta conjugadamente dos artigos 59º, nº 2 e 132º, nº 4 e nº 2 do CPP. “Deste modo, pretende-se assegurar que o visado por uma investigação possa, para sua própria proteção, impulsionar a aquisição da qualidade de arguido, seja em casos em que a constituição como arguido não é obrigatória (porque a suspeita, por exemplo, não é fundada; ou porque está em causa uma diligência que não implica a prestação de declarações, como uma busca) seja em situações em que a entidade com quem o suspeito [ou a testemunha] se confronta não dá cumprimento ao dever de o constituir arguido, dessa forma privando-o das garantias de defesa que lhe devem ser asseguradas.”⁹⁴

c. Consequências jurídicas da violação do *nemo tenetur*

Dispõe o artigo 58º, nº 5 do CPP que *“A omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova.”*, regulando tais normas o procedimento e as formalidades previstas na lei para a constituição de arguido e enquadrando-se nestas últimas a obrigatoriedade de informação e esclarecimento dos direitos e deveres de que o arguido é detentor (artigo 58º, nº 2 do CPP), entre os quais o direito a não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados. Assim, se o órgão de polícia criminal ou a autoridade judiciária⁹⁵ não observarem os deveres que lhes são impostos, nos termos *supra* explanados, as declarações eventualmente prestadas pelo arguido não terão qualquer validade probatória, não podendo ser valoradas e utilizadas como prova contra ele. Com efeito, a eficácia daquelas normas é assegurada pela *“drástica sanção da proibição de valoração”*⁹⁶ disposta no artigo 58º, nº 5 do CPP. *“Proibição de prova esta que é reveladora de que a proteção do princípio da proibição da autoincriminação, em especial na sua vertente do direito ao silêncio, é uma preocupação central nesta matéria e que confirma que o regime legal de*

⁹⁴ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 21.

⁹⁵ Que nesta matéria será o Ministério Público, *“porque a obrigatoriedade da constituição do suspeito como arguido está prevista em situações em que aquele se confronta com o Ministério Público ou o órgão de polícia criminal”* – In: DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 24 e 25.

⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...* ob. cit., p. 126.

constituição de arguido se encontra em larga medida teleologicamente conformado em função de um propósito de tutela dessa garantia fundamental.”⁹⁷ Assim, as declarações obtidas pelo arguido (ou suspeito) sem a prévia comunicação dos direitos que lhe assistem, em especial do direito de nada declarar, remetendo-se ao silêncio sem que isso o possa prejudicar, deverão considerar-se abrangidas pela proibição de valoração e utilização como prova no processo crime, ao abrigo do disposto no artigo 58º, nº 5 e também do artigo 356º, nº 7, ambos do CPP, pois não representam o exercício esclarecido da liberdade de declaração nem a verdadeira expressão do direito de autodeterminação pessoal do arguido.

Por outro lado, “A mesma sanção 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”⁹⁸, conforme dispõem os artigos 118º, nº 1 e 126º, nºs 1 e 2, als. a) a d) do CPP e o nº 8 do artigo 32º da CRP. Ou seja, sendo empenhado algum daqueles meios e, por essa via, obtida prova de cariz autoincriminatório, resulta violado o direito do arguido à não autoincriminação e, conseqüentemente, a nulidade de toda essa prova, não podendo ser utilizada. Alerta ainda MANUEL DA COSTA ANDRADE para o facto de que se trata de “uma proibição absoluta de obtenção de provas” através daqueles meios e “ainda que sejam obtidas a coberto do consentimento do titular dos direitos em causa”⁹⁹, ao contrário do que sucede com a nulidade prevista no artigo 126º, nº 3 do CPP, que admite o consentimento do visado ou a emanção de ordens das autoridades para tanto competentes (e nos termos legalmente previstos¹⁰⁰) para afastar a proibição aí disposta. Assim, a nulidade prevista no artigo 126º, nºs 1 e 2 do CPP é insanável e é de conhecimento oficioso, podendo inclusivamente ser arguida excepcionalmente depois do trânsito em julgado da decisão final caso só seja detetada após esse momento (artigos 120º *a contrario sensu* e 449º, nº 1, al. e) do CPP), resultando, pois, numa cominação particularmente grave.

⁹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 13.

⁹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...* ob. cit., p. 126 e 127. No mesmo sentido, DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, *O direito...*, ob. cit., p. 35 a 37; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 320; e SILVA, Sandra Oliveira e, *O Arguido...*, ob. cit., p. 362 e seg.

⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 180.

¹⁰⁰ Como são os casos das buscas domiciliárias (artigo 177º do CPP), da apreensão de correspondência (artigo 179º do CPP), da apreensão de documentos em escritórios de advogados ou em consultórios médicos (artigo 180º do CPP), e das escutas telefónicas (artigo 187º do CPP), ou equiparadas, como correio electrónico ou fax (artigo 189º do CPP).

Para além disso, esta nulidade projeta-se à distância, isto é, torna inaproveitáveis as provas secundárias, casualmente vinculadas às provas primárias obtidas através de métodos proibidos. Neste sentido dispõe expressamente o artigo 122º, nº 1 do CPP que “*As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar.*” Trata-se o denominado efeito-à-distância da “única forma de impedir que os investigadores policiais, os procuradores e os juízes menos escrupulosos se aventurem à violação das proibições de produção de prova na mira e prosseguirem sequências investigatórias, às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição pelo Estado de Direito.”¹⁰¹ Porém, são admitidas exceções à produção deste efeito, sempre que se conclua que as provas secundárias poderiam ter sido obtidas ainda que inexistisse a prova primária nula, aliás como parece resultar da conjugação do disposto nos nºs 1 e 3 do artigo 122º do CPP¹⁰².

De resto, prevê igualmente a lei a possibilidade de as entidades que recorram à utilização de métodos proibidos de prova se depararem com consequências sempre que o uso destes métodos constitua crime, conforme dispõe o nº 4 do artigo 126º do CPP, podendo afinal tais provas proibidas ser utilizadas, mas unicamente para proceder contra os agentes que delas indevida e ilicitamente se serviram.

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 192.

¹⁰² Embora neste ponto a doutrina não seja unânime nem quanto ao modo como deve operar o critério dos *percursos hipotéticos* nem quanto à previsão ou base legal dos efeito à distância no seio do artigo 122º do CPP, uns entendendo que este se bastará no artigo 32º, nº 8, como é o caso de Helena Morão, e outros apelando ao argumento de *maioria de razão* segundo o qual “se a lei reconhece o efeito-à-distância das nulidades processuais quando poderá estar em causa, por exemplo, a violação de meras formalidades de prova, então por maioria de razão ter-se-á de reconhecer o efeito-à-distância das proibições de prova quando está em causa a violação de direitos de liberdade”, como entende Costa Andrade (in: *Sobre as proibições...*, ob. cit., pp. 196 e 197).

Capítulo II. O Dever de Identificação do Arguido

Do elenco de direitos e deveres, respetivamente atribuídos e impostos expressamente pela nossa lei processual penal ao arguido no artigo 61º do CPP, dispõe al. b), do nº 6 que “*Recaem em especial sobre o arguido os deveres de: [...] Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade*”. Trata-se de um dever de identificação do arguido que, em termos gerais, impõe que no decurso do processo aquele sujeito processual indique o seu nome, filiação, freguesia e concelho e naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência e local de trabalho. E, se necessário, pode ainda ser exigida ao arguido a apresentação do seu documento de identificação. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, trata-se de um dever de identificação em sentido estrito, só versando sobre a sua identidade¹⁰³.

Tal obrigação impõe-se desde a fase processual do inquérito, logo em sede de primeiro interrogatório de arguido¹⁰⁴, conforme dispõe o artigo 141º, nº 3 do CPP, até à fase processual do julgamento, conforme dispõe o artigo 342º do CPP, ou seja, ao longo de todo o processo. Trata-se, portanto, de um verdadeiro dever de declaração, sendo estas “*declarações obrigatórias do arguido*”¹⁰⁵.

Já no que concerne à fase de instrução do processo penal, a lei não dispõe expressamente de idêntica norma aplicável nesta fase processual, nem sequer em sede de debate instrutório. Sucede que esta fase processual visa uma discussão oral e contraditória perante o juiz de instrução, conforme resulta dos artigos 289º e 298º do CPP, ou seja, necessariamente com uma intervenção ativa do arguido (e do seu defensor), desde logo na produção da prova requerida aquando do requerimento de abertura de instrução e que seja admitida pelo juiz de instrução ao abrigo dos artigos 287º, nº 1, al. a) e 292º, nº 1 do CPP. Sendo ainda permitido ao arguido, no decurso do debate instrutório, suscitar pedidos de esclarecimento (artigo 289º, nº 2 do CPP), requerer a formulação de perguntas pertinentes à

¹⁰³ Estando, pois, afastadas perguntas sobre as *relações pessoais do arguido*. – In: DIAS, Figueiredo, *Direito Processual...*, ob. cit., p. 445.

¹⁰⁴ Quer seja interrogatório judicial quer interrogatório não judicial, de arguido detido ou de arguido em liberdade, porquanto as formalidades do primeiro, previstas no artigo 141º do CPP, entre as quais o dever de identificação imposto pelo nº 3 deste dispositivo legal, se aplicam *ex vi* dos artigos 143º, nº 2 e 144º, nºs 1 e 2 do CPP.

¹⁰⁵ Anotação ao artigo 342º do CPP, in: SANTOS, M. Simas; HENRIQUES, M. Leal-, *Código de Processo Penal, Anotado*, 2ª edição, Reimpressão, II volume (art.ºs 241.º a 524.º), Editora Rei dos Livros, 2004, p. 356.

descoberta da verdade (artigo 289º, nº 1 do CPP), requerer provas indiciárias suplementares (artigo 302º, nº 2 do CPP) ou formular conclusões sobre a suficiência ou insuficiência dos indícios recolhidos e sobre questões de direito (artigo 302º, nº 4 do CPP). Mas, mais ainda, pode o arguido requerer o seu próprio interrogatório ou pode este ser ordenado pelo próprio juiz de instrução, quando o julgue necessário, conforme dispõe o artigo 292º, nº 2 do CPP e, neste caso, parece-nos ser também aplicável o dever de identificação do arguido, em termos semelhantes ao disposto no artigo 141º, nº 3 do CPP¹⁰⁶. Parece ser esta, aliás, a solução que resulta *en passant* do nº 1 do artigo 144º do CPP, nos termos do qual, “*Os subsequentes interrogatórios de arguido [...] são feitos no inquérito pelo Ministério Público e na instrução e em julgamento pelo respectivo juiz, obedecendo, em tudo quanto for aplicável, às disposições deste capítulo.*”, disposições entre as quais se inclui o nº 3 do artigo 141º do CPP.

1. Consequências Jurídicas da violação do dever de identificação

Conforme resulta das disposições conjugadas na al. b) do nº 6, do artigo 61º, na parte final do nº 3 do artigo 141º e no nº 2 do artigo 342º, todos do CPP, a identificação do arguido – e com verdade – impõe-se-lhe como um verdadeiro dever, porquanto “*a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das respostas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal*”. Ou seja, se o arguido não responder ou se, fazendo-o, não o fizer com verdade, poderá ser alvo de responsabilidade penal, mas, note-se, fora do processo-crime em que ocorra essa violação. Conforme alertam FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO “O incumprimento deste dever não é sancionado processualmente – isto é, não possui efeitos ao nível do processo penal em que ocorre, *maxime* desfavorecendo a posição do arguido ou sendo indício valorável como presunção de culpa –, mas sim punível como crime autónomo: de desobediência (art. 348.º/1/b) do CP), se se recusar a revelar a sua identidade mesmo depois de advertido do dever de o fazer e de que o seu incumprimento acarreta uma

¹⁰⁶ Este é aliás o procedimento que se tem vindo a aplicar sem grandes discussões na prática dos nossos Tribunais e que se coaduna com o que é sistematicamente disposto na lei.

responsabilização penal por desobediência; ou de falsidade de declaração (art. 359.º/2 do CP).”^{107, 108}.

Este dever de identificação que recai sobre o arguido constitui uma verdadeira imposição legal de se identificar perante uma autoridade judiciária¹⁰⁹ ou perante um órgão de polícia criminal¹¹⁰, quando tal seja ordenado por cada uma destas entidades e impondo expressamente a lei que o arguido obedeça com verdade, pelo facto de “a comprovação da identidade do arguido constituir questão básica de todo o processo penal, sem todavia dizer respeito à culpa daquele.”¹¹¹ Com efeito, “Justifica-se o carácter obrigatório destas declarações e o dever de dizer a verdade uma vez que a comprovação da identidade do arguido pertence oficiosamente aos órgãos que actuam no processo penal e é uma questão fundamental respeitante a um pressuposto processual essencial, alheia à culpa do arguido.”^{112, 113}

Sucede que, não obstante a solução que FIGUEIREDO DIAS adianta, certo é que a par da advertência de que a violação de tal dever poderá acarretar a responsabilização criminal do arguido, nenhuma das normas legais elencadas esclarece em que termos, isto é, nenhuma delas procede ao enquadramento expresso, designadamente por remissão para a lei penal ou para algum dos crimes nela dispostos, não apontando concretamente o crime que aqui revelará.

A nosso ver e a par do que tem sido entendido pela doutrina¹¹⁴, há que equacionar dois tipos de crimes, com relevância nesta matéria: o crime de desobediência, eventualmente imputável ao arguido quando este recuse responder às perguntas que lhe sejam dirigidas

¹⁰⁷ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 46 e 47.

¹⁰⁸ Também assim já ensinava FIGUEIREDO DIAS, *In: DIAS, Figueiredo, Direito Processual...*, ob. cit., p. 445, afirmando que “Relativamente a esta matéria recai sobre o arguido um dever de dizer a verdade, cujo incumprimento não é sancionado processualmente – i. é., não possui efeitos ao nível do processo penal em que ocorre, máxime desfavorecendo a posição do arguido ou sendo indício valorável como presunção de culpa –, mas sim punível como crime autónomo de desobediência ou de falsas declarações (CP, arts. 188.º e 242.º); disto mesmo deve ser o arguido advertido em qualquer interrogatório [...]”

¹⁰⁹ Isto é, perante o juiz – no âmbito da audiência de julgamento –, perante o juiz de instrução – no âmbito de interrogatório judicial de arguido detido ou em liberdade ou de debate instrutório – e perante o Ministério Público – no âmbito de interrogatório não judicial de Arguido detido ou em liberdade – nos termos definidos na al. b) do artigo 1º do CPP.

¹¹⁰ No âmbito dos poderes de coadjuvação do Ministério Público, quando neles este haja delegado poderes de interrogatório não judicial de arguido, durante a fase de inquérito (artigos 144º, nº 2 e 270º, nº 1 do CPP).

¹¹¹ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual...*, ob. cit., p. 445.

¹¹² Anotação ao artigo 342º do CPP, in: SANTOS, M. Simas; HENRIQUES, M. Leal-, *Código de Processo...*, ob. cit., p. 356.

¹¹³ Também assim DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 47.

¹¹⁴ Designadamente, Figueiredo Dias, in: DIAS, Figueiredo, *Direito Processual...*, ob. cit., p. 445; e Simas Santos e Leal-Henriques, in: *Código de Processo...*, ob. cit., p. 356.

sobre a sua identidade; e o crime de falsas declarações, eventualmente imputável ao arguido quando este responda sem verdade àquelas questões.

Em primeiro lugar, atente-se ao crime de desobediência, p. e p. pelo artigo 348º do CP, que dispõe do seguinte modo:

“1 - Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se:

a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou

b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação. [...].”

Este crime vem enquadrado no Livro II (Parte especial), Título V (Dos crimes contra o Estado), Capítulo II (Dos crimes contra a autoridade pública), Secção I (Da resistência, desobediência e falsas declarações à autoridade pública). Conforme tem sido, segundo cremos, unanimemente entendido, o crime de desobediência visa proteger o bem jurídico *autonomia intencional do Estado*, restringindo-se o âmbito da ilicitude deste tipo de crime a interesses públicos de que o Estado é o único titular imediato, neste caso concreto, aventuramo-nos dizer, no interesse de obtenção da correta e completa identificação do perseguido criminalmente e, assim, o cumprimento de um pressuposto processual essencial.

Assim, sendo ordenado ao arguido na abertura de interrogatório, do debate instrutório ou da audiência de julgamento que se identifique, conforme prescrito na lei e sendo previamente advertido de que não o fazendo incorrerá em responsabilidade criminal, mas este escolha recusar-se a responder, os órgãos que atuam no processo penal, que são órgãos do poder jurisdicional do Estado, ficam imediatamente impedidos de apreenderem para o processo esse conhecimento essencial a que a lei obriga, preenchendo o arguido todos os elementos de que depende aquele tipo de crime.

Em segundo lugar, atente-se ao crime de falsidade de depoimento ou declaração, p. e p. pelo artigo 359º do CP, que dispõe do seguinte modo:

*“1 - Quem prestar depoimento de parte, fazendo falsas declarações relativamente a factos sobre os quais deve depor, **depois de ter prestado juramento e de ter sido advertido das consequências penais a que se expõe com a prestação de depoimento falso**, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*

2 - Na mesma pena incorrem o assistente e as partes civis relativamente a declarações que prestarem em processo penal, bem como o **arguido relativamente a declarações sobre a sua identidade.**”

Este crime vem enquadrado no Livro II (Parte especial), Título V (Dos crimes contra o Estado), Capítulo III (Dos crimes contra a realização da justiça). Trata-se, assim, de um crime que “marca a abertura, no seio dos crimes contra o Estado [...] agrupado sob a designação de **crimes contra a realização da justiça.**”¹¹⁵ Tratando-se da proteção das declarações prestadas no âmbito de determinado processo pelos sujeitos nele diretamente interessados e que constituem “importantes *meios de prova*, sobre os quais, na grande maioria dos casos em litígio, repousa o cerne da informação probatória e, conseqüentemente, o próprio acto judicativo”¹¹⁶, essas declarações concorrem para a almejada realização da justiça, que fica ameaçada pela sua falsidade. No que concerne especificamente ao arguido, as declarações a que este está obrigado respeitam somente à matéria da sua identificação, não impondo a lei idêntico dever quanto às demais declarações, conforme já explanado na presente dissertação.

Ora, conforme expressamente dispõe o artigo 140º, nº 3 do CPP “*O arguido não presta juramento em caso algum*”, pelo que imediatamente se encontra excluída a punibilidade do arguido nos termos do nº 1 do artigo 359º do CP. Mas logo depois o nº 2 prevê expressamente e sem margem para grandes dúvidas, que a falsidade das declarações prestadas pelo arguido relativamente à sua identificação preenche o tipo de crime em questão. A conduta típica cinge-se, pois, à falsidade de declaração prestada pelo arguido, no que concerne à sua identidade. Pelo que incorre na prática do crime de falsidade de declaração, p. e p. pelo artigo 359º do CP, o arguido que não responder com verdade às questões formuladas no decurso do processo penal – nos momentos já *supra* discriminados – sobre a sua identidade.

Em conclusão, temos por certo que o dever que recai sobre o arguido é, mais do que um dever de identificação, um dever de o fazer com verdade. Quando perguntado sobre a sua identidade, o arguido tem o dever de responder e o dever de fazê-lo com verdade, sob pena de incorrer na prática de um crime, que no primeiro caso será de desobediência, p. e p.

¹¹⁵ SEIÇA, A. Medina, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III (artigos 308º a 386º), Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 450.

¹¹⁶ SEIÇA, A. Medina, in: *Comentário Conimbricense...*, ob cit, p. 453.

pelo artigo 348º, nº 1 do CP e, no segundo caso, será de falsidade de declaração, p. e p. pelo artigo 359º, nº 2 do CP.

2. Consequências jurídicas da violação do dever de advertência

Conforme verificamos, recai sobre as entidades encarregues de cada fase processual, *maxime* dos sucessivos interrogatórios do arguido, o dever de o advertirem da obrigatoriedade de resposta e das consequências da violação do dever de identificação, isto é, quer das consequências da recusa de cumprimento, quer do seu cumprimento sem verdade. Tal resulta expressamente do disposto nos artigos 141º, nº 3, 2ª parte e 342º, nº 2 do CPP. Conforme entendem SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, trata-se de uma “conduta introdutória da própria identificação do arguido. O presidente, antes de perguntar ao arguido sobre as menções constantes do n.º 1, tem de o advertir de que é obrigado a responder a tais perguntas (sob pena de cometer o *crime de desobediência*) e com verdade (a falsidade das respostas constitui *crime de falsas declarações*), indicando as respectivas cominações.”¹¹⁷

A par destas normas, acresce que o dever de identificação que recai sobre o arguido vem expressamente referido no elenco dos deveres dispostos no nº 6 do artigo 61º do CPP, que lhe são obrigatoriamente comunicados e, se necessário, explicados no ato de constituição de arguido, conforme dispõe o artigo 58º, nºs 2 e 4 do CPP e, como tal, deverá a advertência concernente ao dever de identificação e respetiva consequência da falta ou falsidade da resposta constar de tal comunicação.

Assim, cumprindo os órgãos competentes com o dever de advertência, o Arguido ficará, logo à partida, ciente de que deve responder às perguntas que lhe sejam feitas sobre a sua identidade e de que, respondendo, deverá fazê-lo com verdade, e que não cumprindo este dever poderá incorrer em responsabilidade criminal.

Contrariamente, se os órgãos competentes não cumprirem tal dever, parece-nos, aplicável a cominação disposta no nº 5 do artigo 58º do CPP, não podendo a falta de resposta do arguido às perguntas sobre a sua identidade (que necessariamente ficará a constar do auto de interrogatório ou da ata da audiência de discussão e julgamento) ou a falsidade das

¹¹⁷ Anotação ao artigo 342º do CPP, in: SANTOS, M. Simas; HENRIQUES, M. Leal-, *Código de Processo...*, ob. cit., p. 355 e 356.

respostas àquelas perguntas ser utilizadas como meio de prova contra o arguido, em processo a instaurar por crime de desobediência ou de falsas declarações, respetivamente, que aquele venha a cometer.

Capítulo III.

Os Tipos Legais de Relevó

No contexto da presente dissertação consideramos tipos legais de relevó todos os tipos de crime em que de algum modo seja *especialmente essencial* a afirmação da identidade do agente do crime para a respetiva imputação, para conhecimento do verdadeiro autor do crime como facto objeto de imputação, no confronto com o tema que aqui nos propomos estudar.

Neste leque de crimes incluem-se os por vezes designados crimes de usurpação de identidade, que correspondem “de uma forma geral, a todos os tipos de crime que consistem em obter e em utilizar de forma fraudulenta a identidade de outra pessoa, com o objetivo de praticar fraudes e outras atividades criminosas, quase sempre tendo em vista obter ganhos e vantagens económicas fáceis e com manobras de rápida execução.”¹¹⁸ Aqui entendemos incluir o crime de uso de documento de identificação ou de viagem alheio, p. e p. pelo artigo 261º do CP, o crime de burla, p. e p. pelo artigo 217º do CP, e o crime de falsificação de documento, p. e p. pelo artigo 256º do CP, não olvidando que por via destes crimes são frequentemente praticados outros, quer de igual natureza, quer de natureza mais gravosa, consoante a utilização que o agente faça da identificação forjada. Assim, situações existirão em que estes crimes aparecem em concurso, efetivo ou aparente¹¹⁹.

A par destes tipos de crime, entendemos que também o próprio crime de falsidade de declaração do arguido quanto à sua identificação, já sumariamente tratado *supra* (p. e p. pelo artigo 359º, nº 2 do CP), caberá necessariamente neste leque de crimes cujo conhecimento da (verdadeira) identidade do agente do crime surge contestada e essencial para o respetivo preenchimento do tipo, por já ser decorrência de falsidade de declaração quanto à sua identidade em processo-crime anterior.

Caberá, pois, proceder a uma análise muito sumária destes tipos de crime restrita àquilo que releva para a presente discussão e, de seguida, ao enquadramento destes na questão de fundo que nos propomos debater.

¹¹⁸ DIAS, José António de Albuquerque, *Roubo de identidade e falsificação de documentos*, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 83, Outubro 2011, p. 26.

¹¹⁹ Veja-se a situação em apreço no Ac. do TRP de 28-01-2004, Processo n.º 0211045, relator Alves Duarte, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

1. Crime de falsidade de declaração

Impondo-se a identificação do arguido em determinado processo-crime e, sendo que compete a este sujeito processual fazê-lo com verdade, casos haverá em que aquele não cumpre tal dever, mentindo. Nesta senda, preenchidos que estejam os demais elementos do tipo legal de crime de falsidade de declaração, p. e p. pelo artigo 359º, nº 2 do CP, incorrerá o arguido na prática deste crime, diverso daquele pelo qual estaria a ser investigado quando o cometeu. Ou seja, poderá ser aberta nova investigação e instaurado novo processo-crime contra o mesmo arguido, em que lhe seja imputado o crime de falsidade de declaração cometido naquele outro processo-crime.

Nesse novo processo, não só se imporá novamente o dever de identificação ao arguido, conforme disposto nos artigos 61º, nº 6, al. b), 141º, nº 3 (conjugado ainda com os artigos 143º, nº 2 e 144º, nº 1) e 342º, nº 1, todos do CPP), isto é, de responder, com verdade, a todas as perguntas relativas à sua identificação, sob pena de mais uma vez incorrer em responsabilidade criminal, como da sua resposta poderá resultar a sua imediata *confissão* da prática do crime, por tais declarações poderem comprovar que a identidade agora declarada pelo arguido é diversa da que foi comunicada no processo anterior e que é esta, afinal, a real identidade do visado.

2. Crime de uso de documento de identificação ou de viagem alheio

O crime de uso de documento de identificação ou de viagem alheio, p. e p. pelo artigo 261º do CP “abrange a utilização de qualquer documento de identificação alheio, com a intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado”¹²⁰ e, ainda, a conduta daquele que, não utilizando tal documento, torna possível essa utilização por outrem que não o seu legítimo titular, facultando-lhe tal documento.

No tema que nos propomos estudar releva apenas a conduta prevista no nº 1, motivo pelo qual nos centraremos somente neste.

¹²⁰ GONÇALVES, Maia, *Código Penal Português – Anotado e comentado*, 16ª. ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 830.

Com esta norma não se pretendeu “abranger a falsificação de documentos de identificação, nem mesmo o uso de documento de identificação falsificado, mas apenas o uso, por pessoa distinta do legítimo titular, de documento de identificação verdadeiro, não falsificado – o uso de documento de identificação [ou de viagem] alheio mas verdadeiro.”¹²¹ “Não se trata nem de um crime de falsificação, nem de um crime de uso de documento falso, mas sim de um crime de *uso falso de um documento verdadeiro*.”¹²²

O bem jurídico cuja proteção este tipo de crime visa é a *segurança e credibilidade no tráfico jurídico-probatório*, tratando-se de um crime de dano pois aquele bem jurídico só é lesado “no momento em que o agente *utiliza* o documento; antes disso, a simples posse do documento não preenche todos os elementos do tipo objetivo de ilícito.”¹²³

De resto trata-se de um crime doloso, sendo necessário que esse dolo seja direto¹²⁴, excluindo-se a consumação deste crime em qualquer das outras modalidades de dolo e a título de negligência (artigos 13º e 14º do CP). Mas, mais ainda, é exigido um dolo específico, exigindo-se ao agente a atuação com uma específica intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, ou de preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime.

Facilmente se percebe que o conhecimento da verdadeira identidade do agente do crime no âmbito do processo criminal em este seja visado levará à imediata apreensão da autoria do crime por parte desde, porquanto se vê *forçado* a contribuir para a descoberta da verdade material, sob pena de ulterior acrescida responsabilidade criminal, resultando, assim, o seu contributo na sua autoincriminação.

3. Crime de Falsificação de Documento

O crime de falsificação de documento p. e p. pelo artigo 256º do CP engloba os “casos de falsificação de todos os tipos. [...] verifica-se a falsificação ou falsidade material quando o documento é total ou parcialmente forjado ou quando se alteram os elementos constantes de um documento já existente; verifica-se a falsificação ou falsidade intelectual ou

¹²¹ MONIZ, Helena, in: *Comentário Conimbricense...*, ob. Cit., p. 730.

¹²² *Idem*, p. 732.

¹²³ *Idem*, p. 732.

¹²⁴ *Idem*, p. 734.

ideológica quando o documento não reproduz com verdade aquilo que se destina a comprovar.”¹²⁵ Ou seja, para efeitos deste tipo de crime, releva a declaração (juridicamente relevante) e não o objeto em que esta é incorporada pois “aquilo que constitui a falsificação de documentos é não a falsificação do documento enquanto objecto que incorpora uma declaração, mas a falsificação da declaração enquanto documento.”¹²⁶

Também neste tipo de crime o bem jurídico que a lei visa proteger é a *segurança e credibilidade no tráfico jurídico-probatório*, “mas apenas a **relacionada com os documentos**”¹²⁷, também neste se exigindo um grau de censurabilidade mais elevado, na medida em que não só o agente que o pratica age com dolo direto, como se exige em acréscimo um dolo específico, que a conduta do agente seja norteada por uma específica intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, ou de preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime. Trata-se de um crime de perigo abstrato: de perigo porque “após a falsificação do documento ainda não existe uma violação do bem jurídico, mas um perigo de violação deste; a confiança pública e fé pública já foram violadas, mas o bem jurídico protegido, o da segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório documental apenas foi colocado em perigo”; e abstrato porque basta “que o documento seja falsificado para que o agente possa ser punido independentemente de o utilizar ou o colocar no tráfico jurídico.”¹²⁸

Revela-se particularmente relevante para o tema aqui em estudo a falsificação levada a cabo por meio das atuações dispostas nas als. a), c), e) e f) do nº 1 do artigo 256º do CP, necessariamente conjugado com as als. a) e c) do artigo 255º do CP, porquanto o fabrico de documento falso e a falsificação da assinatura de outrem para elaborar documento falso poderão surgir como meios de forjar e assumir a identidade de outrem, declarando-se o agente perante terceiros detentor de identidade diversa da sua, assim como a sucessiva utilização ou entrega do documento forjado a outrem poderão levar ao apossamento da identidade de terceiro, designadamente, para a prática de outros crimes (sempre assumindo que se encontram verificados os demais elementos deste tipo de crime). São exemplos desta atuação a assinatura de um cheque ou outro título de crédito, a outorga de procurações, a alteração de testamentos ou a subscrição de contrato, todos pelo agente que é não verdadeiro

¹²⁵ GONÇALVES, Maia, ob. cit., p. 816.

¹²⁶ MONIZ, Helena, in: *Comentário Conimbricense...*, ob. Cit., p. 676.

¹²⁷ *Idem*, p. 680.

¹²⁸ *Idem*, p. 681.

titular da identidade que subscreve, ou, ainda, o uso de documento de identificação falso para obter certidões de nascimento, de casamento, de não dívida, com vista a receber benefícios, pensões ou outras prestações de natureza social, falsificando a declaração incorporada em todos esses documentos e assumindo a identidade de outrem.

4. Crime do Burla

O crime de burla (simples) p. e p. pelo artigo 217º do CP verifica-se sempre que alguém usa de “um meio engenhoso para enganar ou induzir em erro”, com “intenção de enriquecimento ilegítimo”, o que “acresce a um dolo que já de per si é específico”¹²⁹. O bem jurídico por ele protegido reconduz-se ao património “*globalmente considerado*”, constituindo “um **crime de dano**, que só se consuma com a ocorrência de um prejuízo efectivo no **património** do sujeito passivo da infracção ou de terceiro. [...] consubstancia, também, um **crime material** ou **de resultado**, que apenas se consuma com a saída das coisas ou dos valores da esfera de “disponibilidade fáctica” do sujeito passivo ou da vítima e, assim, quando se dá um “evento” que, embora integre uma consequência da conduta do agente, se apresenta autónomo em relação a ela”¹³⁰. O crime de burla é um crime de resultado cortado, “caracterizando-se por uma “descontinuidade” ou “falta de congruência” entre os correspondente tipos subjectivo e objectivo” pois que “Embora se exija, no âmbito do primeiro, que o agente actue com a intenção de obter (para si ou para outrem) um enriquecimento ilegítimo, a consumação do crime *não* depende da concretização de tal enriquecimento, bastando para o efeito que, ao nível do tipo objectivo, se observe o empobrecimento (= dano) da vítima”¹³¹. De resto, a burla é um crime doloso, em qualquer das suas modalidades, não sendo sancionado na forma negligente (artigos 13º e 14º do CP). E este dolo deve verificar-se em toda a configuração do crime, exigindo-se o dolo de causar prejuízo patrimonial à vítima ou a terceiro e, ainda, “que o agente tenha a “intenção” de conseguir, através da conduta, um enriquecimento ilegítimo próprio ou alheio.”¹³²

¹²⁹ GONÇALVES, Maia, Código Penal Português – Anotado e comentado, 16ª. ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 728.

¹³⁰ COSTA, A. M. Almeida, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II (artigos 202º a 307º)*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, ob cit, pp. 275, 276 e 277.

¹³¹ *Idem*, p. 277.

¹³² *Idem*, p. 309.

No domínio da temática que nos prende, o uso de documento de identificação por quem não seja dele legítimo titular resulta, mais das vezes, na prática de atos que consubstanciarão crime de burla, como seja, a título de exemplo, o controle ou transferência de saldos de contas bancárias já existente ou a abrir, a sacar e emitir de cheques sem provisão, a contratação de empréstimo para a aquisição de bens ou de serviços, ou contratação e utilização de cartões de crédito em diversas entidades, saindo prejudicada não só a vítima do crime, mas também as instituições bancárias, creditícias e prestadoras de bens e de serviços que contrataram com o agente do crime.

Capítulo IV.

A Conciliação do *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* com o dever de identificação do Arguido

1. Apreciação crítica à luz da nossa Constituição

Delimitado que está o problema processual em análise e numa tentativa de o solucionar, importa averiguar a constitucionalidade da compressão do *nemo tenetur* verificada pela imposição de um dever de identificação ao arguido, quando esteja em causa algum ou alguns dos tipos de crime apontados e, mais concretamente, a interpretação dos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP segundo a qual *quando esteja em causa algum destes crimes, permanecerá na esfera do arguido o dever de identificação, ainda que o seu contributo possa resultar na sua autoincriminação forçada e, assim, na lesão do princípio nemo tenetur se ipsum accusare.*

Tal tarefa passará necessariamente pela ponderação e análise do artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP em conjugação com o artigo 18º, nºs 2 e 3 da CRP, por via dos seguintes critérios: existência de expressa, suficiente e densa previsão legal; respeito pelo princípio constitucional da proibição do excesso; não diminuição da extensão e do alcance do conteúdo essencial daquele direito fundamental.

a. Previsão legal do dever de identificação

Como vimos, o *nemo tenetur* constitui um amplo direito do arguido, no qual se inclui o direito ao silêncio disposto no artigo 61º, nº 1, al. d) do CPP, mas que conhece exceções, como aquela que resulta do nº 6 do mesmo preceito, na sua al. b), que impõe ao arguido o dever de “*responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade*”. Assim, optou o legislador processual penal por estabelecer limites àquele princípio e em especial ao direito ao silêncio, que concretiza nos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP, impondo ao arguido um dever de identificação, cabendo-lhe transmitir ao processo o seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil,

profissão, local de trabalho e residência. Segundo aquelas normas, deverá o arguido providenciar ao processo todas estas informações tendentes à sua identificação sob a advertência, que obrigatoriamente antecede aquelas perguntas, de que não o fazendo incorre em crime de desobediência ou fazendo-o com falsidade incorre em crime de falsas declarações.

Ou seja, efetivamente se verifica a existência de lei expressa e escrita no âmbito do processo penal, nos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP, que obriga à identificação do arguido, sendo aquelas normas com carácter geral e abstrato e sem carácter retroativo, expressamente previstas, claramente determinadas e devidamente fundamentadas.

b. Respeito pelo princípio constitucional da proibição do excesso – adequação, exigibilidade e proporcionalidade

Porém, para se concluir pela admissibilidade desta restrição disposta nos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP nos concretos casos (crimes) apontados, torna-se decisivo verificar se esta é admissível na perspetiva do princípio constitucional da proibição do excesso, ou seja, se respeita as exigências constitucionais de adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito que decorrem do artigo 18º, nºs 2 e 3 da CRP. Caberá num primeiro momento perceber se aquelas medidas restritivas do *nemo tenetur* se revelam como um meio adequado para a prossecução de fins constitucionalmente protegidos que visam alcançar; depois perceber se essas medidas restritivas são exigidas para alcançar esses fins, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos que o permitam; e, por fim, perceber se são medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos ou se, pelo contrário, são proporcionais face ao fim que visam alcançar. E tudo sob o crivo final de não poder a restrição, que à partida seria admissível, afetar o núcleo essencial do *nemo tenetur*, devendo todas as normas restritivas de direitos fundamentais individuais ser entendidas e aplicadas nos termos mais estritos.

Percebe-se a *ratio* da imposição do dever de identificação ao arguido, inclusivamente prévia ao próprio interrogatório, desde logo porque o processo-crime deve correr contra a

pessoa que efetivamente haja praticado o crime e não contra outra¹³³. Aquelas normas surgem, assim, como concretização de interesses constitucionalmente protegidos de índole coletiva, nomeadamente os que são próprios do processo penal, de administração e realização da justiça e da prossecução da verdade material, para a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, estas que são exigências da ordem pública, da segurança jurídica e do bem-estar geral. Os artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP efetivamente concretizam tais interesses coletivos, correspondendo a normas com carácter geral e abstrato e sem carácter retroativo, expressamente previstas, claramente determinadas e devidamente fundamentadas, cumprindo os requisitos do artigo 18º, nº 2 da CRP.

Mas se é certo que o dever de identificação que se impõe ao arguido tem como único objetivo a aquisição de dados necessários à identificação do agente do crime face a conhecimentos já existentes – os factos concretamente alvo de investigação ou de imputação – parece-nos que casos haverá em que será possível obter igualmente aquela informação sem recurso ao próprio arguido, isto é, sem recurso à via prevista nos artigos 141º, nº 3 e 342º, nº 1 do CPP. São exemplos disso o reconhecimento do arguido por terceiro que tenha presenciado o crime ou a inquirição como testemunha de pessoa que de outra forma ou meio conheça o arguido, porquanto poderá possibilitar o conhecimento da sua (verdadeira) identidade. Outra forma será através da obtenção, ainda que forçada (por exemplo através da realização de revistas ou buscas e posterior apreensão de documentação, nos termos dos artigos 174º e seguintes e 178º do CPP), do cartão de cidadão do arguido, da sua carta de condução ou de outros documentos que se encontrem na sua posse e que permitam identificá-lo. Ou até mesmo através da aquisição da impressão digital deste e comparação com as que se encontram registadas na base de dados digital do registo civil e associadas aos cartões de cidadão. Aliás, esta foi precisamente uma das vantagens que o cartão de cidadão trouxe por comparação ao antecessor bilhete de identidade. Não obstante também estas formas aptas à aquisição dos dados e ao conhecimento da (verdadeira) identidade do arguido possam, em si mesmas, representar restrições ao *nemo tenetur*, têm sido entendidas como constitucionalmente admitidas¹³⁴, precisamente por nunca contenderem com o conteúdo

¹³³ Isto tem implicações, por exemplo, na transcrição da pena no registo criminal, averiguação de reincidência ou apreciação das necessidades de prevenção geral e especial para fixação da pena.

¹³⁴ Basta ver os vários acórdãos do Tribunal Constitucional já referidos na presente dissertação e que remetem para diferentes métodos intromissivos na esfera de liberdade do arguido e que permitem obtenção de prova que se revelou em concreto constitucional e permitida. De resto, só em concreto e face às circunstâncias de cada caso, poderia a questão ser devidamente apreciada.

essencial daquele direito fundamental, não transformando o arguido em mero objeto do processo.

Aqui chegados, concluímos que quando a identificação do arguido seja possível no caso concreto através de outras vias alternativas que não com recurso ao próprio arguido, a exigibilidade da restrição imposta pelo dever de identificação poderá ficar em cheque, tornando a interpretação acima expressa inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso, mais concretamente por não ultrapassar o crivo da exigibilidade da restrição do direito fundamental à não autoincriminação e ao silêncio.

Caso contrário, inexistindo vias alternativas à obtenção da correta e efetiva identidade do arguido, parecem-nos já não levantar grandes dúvidas as questões de adequação e exigibilidade daqueles preceitos por forma a atingir desideratos coletivos de ordem constitucional e que são próprios do direito processual penal, que à partida também parecem proporcionais, correspondendo a uma justa medida face aos fins que visam alcançar. Só que a prossecução daqueles interesses coletivos é conseguida, mas através de uma enorme compressão dos direitos de defesa do arguido, através de uma imposição forçada e contra a sua vontade a prestar declarações, sob a cominação de (nova) responsabilização penal.

Decisivo será, então, que não seja atingido o *conteúdo essencial* do direito fundamental do arguido à não autoincriminação e ao silêncio, ínsitos nas suas garantias de defesa e sob a égide do artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP.

c. Preservação do conteúdo essencial do *Nemo Tenetur*

Conforme acima já assimilado, o *nemo tenetur* encontra o seu fundamento constitucional na esteira do artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP.

Dispõe o nº 1 do artigo 32º da CRP que “*O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*”. Tem sido entendida esta norma como uma *cláusula geral* que condensa “não só todas as garantias explicitadas nos números seguintes mas também todas as demais que decorressem da necessidade de efetiva defesa do arguido em processo penal”, não obstante contenha um conteúdo normativo próprio a que é possível recorrer diretamente, “há-de ser perante as circunstâncias concretas de cada caso que se hão-

de estabelecer os concretos conteúdos dos direitos de defesa, no quadro dos princípios estabelecidos por lei.”¹³⁵ Ou seja, esta norma, na sua primeira parte, “**assegura, com carácter geral, as garantias de defesa do arguido no processo penal.** Por esta razão, pode dizer-se que nos restantes números encontramos concretizações deste princípio geral”¹³⁶, incluindo o princípio da presunção de inocência, logo no número seguinte.

Consagra o nº 2 do artigo 32º da CRP o princípio da presunção de inocência do arguido, dispondo que “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*” Ou seja, conjugando esta norma com a disposição do nº 1, tal significará que “**o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada em julgado.**”¹³⁷ Este entendimento, conforme tem sido entendido pela jurisprudência, terá como consequência a definição de um conteúdo adequado, integrando este princípio a proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido, a preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo, a exclusão da fixação da culpa em despachos de arquivamento, a não imputação de custas a arguido não condenado, a proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares e a proibição da produção de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal.

Assim, é pelo facto de o arguido dever ser tratado no processo como um inocente, dispondo de um alargado leque de garantias e meios de defesa, que medidas restritivas ou privativas de direitos têm de assumir carácter excecional.

Este entendimento prende-se essencialmente com a importância que o nosso ordenamento jurídico atribui à tarefa de assegurar ao arguido, no processo penal, “a posição de *sujeito* dotado de um real e efetivo *direito de defesa*. Com isto não se pretendeu apenas – ou nem tanto – limitar o poder do Estado e o arbítrio dos seus representantes, mas corresponder à ideia [...] de que *não há verdade material onde não tenha sido dada ao arguido a mais ampla e efetiva possibilidade de se defender da suspeita que sobre ele pesa, onde, numa palavra, não tenha sido conferida ao arguido a proteção do direito.*”¹³⁸

¹³⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, “*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora S.A., Coimbra, 2010, p. 709 e 710.

¹³⁶ *Idem*, p. 710.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, “*Constituição Portuguesa...*, ob. cit., p. 722 e 723.

¹³⁸ DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais...*, ob. cit., p. 9.

Também assim já concluiu o Tribunal Constitucional¹³⁹ afirmando que “O princípio constitucional de que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa tem como conteúdo essencial a exigência de que o arguido, seja tratado como **sujeito** e não como **objecto do procedimento penal**, garantindo-lhe a Constituição, com essa finalidade, não só um direito de defesa (artigo 32º, nº 1), a que a lei confere efectividade através de direitos processuais autónomos a exercer durante o processo e que lhe permitem conformar a decisão final do processo, mas também a presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação, elemento fundamental naquela perspectiva.” De entre os concretos direitos que integram as garantias de defesa do arguido, salienta-se o direito ou liberdade de declaração deste, que, pela positiva, se traduz no mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa e, pela negativa, veda todas as tentativas de obtenção forçada, por meios enganosos ou por coação, de declarações autoincriminatórias. É precisamente na liberdade de declaração que se espelha o estatuto do arguido como sujeito processual, cabendo-lhe decidir, em qualquer fase do processo, se e sobre que matéria pretende pronunciar-se, podendo remeter-se ao silêncio, não respondendo às perguntas que lhe sejam feitas, por qualquer entidade, sobre os factos alvo de imputação e sobre o conteúdo das suas declarações, sem que o seu silêncio o possa prejudicar.

Já pretendendo, pode o arguido prestar declarações, que certamente serão utilizadas como meio de prova e, assim, como meio de obter a verdade material dos factos. Fundamental é que essa decisão corresponda à livre determinação da sua vontade. Nesta medida, a lei também impõe deveres de informação à autoridade judiciária encarregue do interrogatório do arguido, devendo esclarecê-lo de que o seu silêncio não pode prejudicá-lo, não podendo ser interpretado desfavoravelmente aos seus interesses, designadamente não podendo ser interpretado como presunção de culpa. E é precisamente neste ponto que o direito ao silêncio se relaciona igualmente com a presunção de inocência.

Sucedem que a par desta plena liberdade de declarar reconhecida ao arguido, de não o fazer ou de o fazer apenas parcialmente no que concerne aos factos materiais de que vem acusado, a lei também lhe impõe um verdadeiro dever de declaração no que respeita à sua identificação. Mas, mais ainda, impõe-lhe “um **«especial dever» de responder com**

¹³⁹ No Ac. do TC nº 695/95, processo nº 351/95.

verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade”¹⁴⁰, sob a cominação de responsabilidade penal.

Surgindo aqui manifesto confronto ou compressão do princípio constitucional *nemo tenetur*, será o arguido transformado em objeto do processo? Isto é, haverá uma diminuição do alcance do conteúdo essencial daquele direito fundamental do arguido?

Parece-nos de *suma* importância analisar dois importantes pontos: o primeiro, que se liga ao momento processual em que se impõe tal dever e à autoridade que o determina; e o segundo que respeita ao momento, no âmbito do interrogatório, em que tem lugar tal dever de identificação.

Por um lado, importa ter presente que o dever de identificação do arguido impõe-se logo na fase de inquérito em interrogatório do arguido, fase processual que compete ao Ministério Público, auxiliado pelos órgãos de polícia criminal, conforme dispõem os artigos 263º, 48º, 55º e 56º do CPP. Assim, a competência para realização de interrogatórios em que se imponha ao arguido o dever de identificação poderá caber ao Ministério Público, nos casos de interrogatório não judicial, conforme dispõem o artigo 141º, nº 3 *ex vi* dos artigos 143º, nº 2 e 144º, nºs 1 e 2, todos do CPP. Só que verificando-se ofendido ou restringido o direito fundamental do arguido ao silêncio, ínsito nas suas garantias de defesa, como aqui se equaciona quanto aos crimes de usurpação de identidade e de falsas declarações nos moldes explanados, então tal interrogatório deverá ser sempre e exclusivamente realizado perante o juiz de instrução ou, pelo menos, precedido de autorização expressa do juiz de instrução para obtenção da identidade do arguido, conforme impõe o artigo 32º, nº 4 da CRP, conjugado com os artigos 268º, nº 1 e 269º *a contrario sensu* do CPP. Com efeito, uma vez que esta é uma fase prévia, no decurso da qual se criará a convicção da entidade titular da ação penal, a(s) subsequente(s) destina(m)-se a moldar a convicção do julgador. E a nossa lei processual penal dispõe da garantia da natureza judicial também naquela primeira fase do processo sempre que estejam em jogo direitos fundamentais do arguido, assim obrigando à intervenção do juiz-garante. Obviamente que este problema já não se colocará em sede de debate instrutório nem de audiência de discussão e julgamento, que são carreados, respetivamente, por juiz de instrução e por juiz de direito.

¹⁴⁰ Ac. do TC nº 695/95, processo nº 351/95.

Assim, contendo o ato em causa, de forma relevante, com o direito fundamental do arguido à não autoincriminação e ao seu direito ao silêncio, pela imposição do dever de identificação que poderá levar à imediata incriminação daquele, tal interrogatório, com a respetiva ordem de declaração e respetivas advertências, impostas nos termos dos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP, terá necessariamente de caber a um juiz, em respeito da imposição constitucional do nº 4 do artigo 32º da CRP de reserva de juiz.

Por outro lado, o dever de identificação ao arguido é-lhe imposto previamente ao seu *interrogatório*, ou seja, anteriormente à apresentação dos factos da acusação ao arguido e ao momento em que lhe é conferido o direito de prestar declarações ou de se remeter ao silêncio. Lembre-se que o direito ao silêncio do arguido abrange apenas o interrogatório substancial sobre os factos alvo de acusação e sobre as declarações sobre eles prestadas, isto é, sobre a questão da sua culpabilidade e, como tal, parece a lei deixar de fora a questão da sua identidade. Aqui releva em especial o princípio da presunção de inocência, consagrado no nº 2 do artigo 32º da CRP.

O processo penal português está estruturado “segundo um *modelo acusatório* (artigo 32º, nº 5, primeira parte, da CRP), integrado por um *princípio subsidiário de investigação*”¹⁴¹. Um dos reflexos desta estrutura acusatória é a divisão de poderes, no decurso do processo, pelas autoridades judiciais, cabendo ao Ministério Público a tarefa de investigar e acusar e ao Juiz a de julgar. Há que articular este *princípio da acusação* com o princípio da investigação, expressamente previsto no artigo 340º, nº 1 do CPP e que se impõe nas fases de instrução e de julgamento do processo. Este princípio significa que o juiz tem “o *onus de investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido ou a submeter a julgamento*, independentemente das contribuições da acusação e da defesa, das contribuições dos sujeitos processuais ou das partes.”¹⁴²

Ora, a identidade do suspeito/arguido constitui matéria de acusação e, nos tipos de crime aqui em relevo, a identidade daquele é especialmente essencial porque é o facto central da imputação, impondo-se conhecer a sua verdadeira identidade e evitar a confusão com aquele cuja identidade se usurpou. Se é certo que a busca da verdade material e o interesse do Estado na realização da justiça, como interesses coletivos constitucionalmente protegidos

¹⁴¹ ANTUNES, Maria João, “Direito Processual...”, ob. cit., p. 21.

¹⁴² *Idem*, p. 172.

e integrantes do processo penal, justifica que, “para alcançar a prova necessária à condenação, não se criem espaços de liberdade conducentes à subtração da prova dos factos à justiça”¹⁴³, também é certo que “a estrutura acusatória implica que quem acuse demonstre globalmente que tem razão, segundo métodos e critérios aceites por todos, incluindo o próprio acusado. O arguido, por outro lado, não sendo objecto, mas sujeito do processo, nunca será apenas um objecto da investigação.”¹⁴⁴

Assim, sendo a identidade do arguido matéria de acusação, não lhe cabe, enquanto sujeito processual, revelá-la, nem pode aquele ser forçado a contribuir ativamente para aquisição de prova que motive a acusação e que sustente a imputação no decurso do processo, tarefas que estão a cargo, respetivamente, do Ministério Público e do Juiz. A não ser assim, o conteúdo essencial do direito à não autoincriminação e do direito ao silêncio do arguido fica em cheque face à obrigação deste declarar em matéria da sua identificação com a consequente apreensão da autoria e da prática do crime, porque transforma este sujeito em mero objeto do processo, em manifesta violação das garantias de defesa do arguido e do princípio da presunção de inocência.

d. Solução Proposta

Aqui chegados, podemos aproximar-nos já de uma eventual solução do problema em mãos.

Se, por um lado, o conteúdo essencial do *nemo tenetur*, ínsito nos direitos ou garantias de defesa do arguido, assenta precisamente no facto de este dever ser considerado como *sujeito* e não como *objeto* do processo; se o respeito mínimo desse direito implica que este possa prestar declarações sobre o objeto do processo no momento que lhe for mais conveniente e segundo a estratégia de defesa definida; e se, por outro lado, a imposição de um dever de identificação ao arguido, nos crimes aqui especificamente em crise, lhe retira a posição de sujeito do processo onerando-o com deveres de obediência e colaboração próprios de uma fase de investigação na qual nem sequer tem a obrigação de colaborar e que

¹⁴³ PALMA, Maria Fernanda, “*A constitucionalidade...*”, ob. cit., p. 102.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 103.

o transformam em objeto do processo, parece-nos que sai violado o conteúdo essencial do *nemo tenetur*, em violação dos artigos 32º, nº 1 e 18º da CRP.

Tendo ainda em conta, por um lado, que nos tipos de crime em apreço a identificação do arguido constitui ainda matéria de acusação e, como tal, factos objeto de investigação para aferição da prática do crime por determinado agente, e, por outro lado, que no momento em que o dever de identificação lhe é imposto ainda não foi efetuada a prova do facto típico, ilícito e culposo, então não pode o arguido ser obrigado ou coagido a revelá-los, sob a imposição de sanções caso não o faça ou fazendo-o falsamente, porque tal imposição será excessiva e irrazoável, violando o princípio da presunção de inocência disposto no artigo 32º, nº 2 da CRP.

Torna-se, pois, inconstitucional a interpretação dos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP segundo a qual, quando estejam em causa crimes cujo conhecimento da identidade do arguido é essencial e objeto do processo e das declarações sobre a sua identidade resulte a imediata apreensão da autoria do crime pelo visado, que se vê forçado a contribuir para a descoberta da verdade material sob pena de ulterior acrescida responsabilidade criminal, resultando, assim, o seu contributo na sua autoincriminação, por violação do artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP, por tal imposição ser excessiva na perspetiva do artigo 18º da CRP.

Acrescente-se que, conforme também acima referido, os dados sobre a identidade do arguido podem ser obtidos por outras vias, que não através de declarações forçadas deste, assim inexistindo a necessidade de o obrigar a colaborar na investigação e de o reduzir a *objeto* do processo. Sempre que assim seja, a identificação do arguido e obtenção de todos os dados relevantes para a sua identificação deverá ser obtida com recurso às vias alternativas disponíveis, assim se conseguindo a tão almejada descoberta da verdade material e uma tutela jurisdicional efetiva, sem beliscar as garantias de defesa do arguido e, também assim da presunção de inocência. Nestas situações, estará significativamente reduzida a potencialidade lesiva do *nemo tenetur*, não sendo atingido o conteúdo essencial deste direito pelo cumprimento do disposto nos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP. Já nos casos em que assim não seja, isto é, em que inexistam meios alternativos para aquisição da informação relativa à identidade do arguido no processo, entendemos que não pode ver-se aquele forçado ao cumprimento do dever de identificação que sobre ele recai, por tal imposição violar o conteúdo essencial do *nemo tenetur* insito no artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP.

Conclusão

Esta dissertação teve como pretensão apresentar um contributo para a superação da problemática da constitucionalidade da interpretação dos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP segundo a qual o dever de identificação se impõe ao arguido quando estejam em causa crimes cujo conhecimento da sua identidade é essencial não só para efeitos de imputação criminal ao efetivo agente do crime, mas também como facto objeto de imputação e da investigação no processo e ainda que das declarações prestadas resulte a imediata apreensão da autoria do crime por parte do visado, resultando o contributo do arguido na sua autoincriminação.

Após o enquadramento do problema e análise expendida nos capítulos anteriores, chegamos às seguintes conclusões:

1. O princípio *nemo tenetur*, de que é corolário o direito ao silêncio, enquadra-se no corpo das garantias de defesa e da inerente presunção de inocência do arguido, em virtude da estrutura acusatória do processo penal português, encontrando o seu fundamento constitucional no artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP.
2. Os artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP, obrigando à identificação do arguido pelo próprio, impõem uma verdadeira restrição ao *nemo tenetur*.
3. Aquelas normas surgem como concretização de interesses constitucionalmente protegidos de índole coletiva próprios do processo penal, que se prendem com a administração e realização da justiça e prossecução da verdade material, sendo normas de carácter geral, abstrato e não retroativo, expressamente previstas, claramente determinadas e devidamente fundamentadas.
4. Quando seja possível obter a identificação do arguido com recurso a outras vias que não das declarações forçadas daquele, a interpretação em evidência dos artigos 141º, nº 3 e 342º é inconstitucional, por tornar a restrição inexigível/desnecessária, à luz do artigo 18º, nº 2 da CRP.
5. Só quando não seja possível obter a identificação do arguido através de meios alternativos, se poderá concluir que aquelas são normas adequadas, exigíveis e proporcionais e, *prima facie*, concluir pela constitucionalidade da interpretação em evidência.
6. Há, porém, que equacionar se a restrição imposta por aquelas normas não ofende o núcleo essencial do *nemo tenetur*.

7. O interrogatório do arguido na fase de inquérito pelos crimes em relevo deverá ser sempre realizado por juiz de instrução ou, pelo menos, precedido de autorização expressa do juiz de instrução para obtenção da identidade do arguido através das suas declarações, sob pena de violação dos artigos 32º, nº 4 da CRP, 268º, nº 1 e 269º *a contrario sensu* do CPP.
8. As garantias de defesa do arguido e o princípio da presunção de inocência são violados porque o dever de identificação é imposto ao arguido previamente ao próprio interrogatório, antes de lhe serem revelados os factos alvo de imputação e de lhe ser dado a conhecer o seu direito ao silêncio ou liberdade de declaração, retirando-lhe a possibilidade de prestar declarações no momento que mais lhe convier e numa altura em que não se iniciaram sequer as diligências probatórias, sem possibilidade de evitar a irradiação destas declarações sobre o objeto do processo.
9. O princípio da presunção de inocência e a estrutura acusatória do processo penal saem abalados porque a restrição em causa impõe ao arguido um contributo forçado para adquirir prova que motive a acusação e que sustente a imputação criminal no decurso do processo, tarefas que segundo o princípio da investigação sempre caberiam ao Ministério Público e ao Juiz.
10. A imposição ao arguido da obrigação de identificação nos tipos de crime em relevo, sob pena de sanções caso se recuse ou o faça com falsidade, transforma este sujeito em mero objeto do processo, ferindo o conteúdo essencial do *nemo tenetur*.
11. Somadas estas considerações, a interpretação em evidência dos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP é, afinal, inconstitucional, por violação do artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP e por ser excessiva na perspectiva do artigo 18º, nº 3 da CRP.
12. Finalmente, numa tentativa de superação do problema, propomos a seguinte solução:
 - a. Que a identificação do arguido e obtenção dos dados relevantes para a sua identificação seja obtida com recurso às vias alternativas disponíveis sempre que tal seja possível, assim se conseguindo a tão almejada descoberta da verdade material e uma tutela jurisdicional efetiva, sem beliscar as garantias de defesa do arguido e a presunção de inocência.
 - b. Nestas situações, estará significativamente reduzida a potencialidade lesiva do *nemo tenetur*, não sendo atingido o seu conteúdo essencial pela imposição e cumprimento posterior dos artigos 141º, nº 3 e 342º do CPP.

- c. Já nos casos em que inexistam meios alternativos para aquisição da informação relativa à identidade do arguido, concluímos pela impossibilidade de o forçar ao cumprimento do dever de identificação, por tal imposição violar o conteúdo essencial do *nemo tenetur* ínsito no artigo 32º, nºs 1 e 2 da CRP e, como tal, ser inconstitucional à luz do artigo 18º, nºs 2 e 3 da CRP.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Nemo tenetur se ipsum accusare. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*, in: RLJ, ano 144º, nº 3989, novembro-dezembro 2014, Coimbra Editora;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

ANTUNES, Maria João, *Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido*, in: Sub Judice, nº 4 (1992);

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 2ª edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2020;

COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in: RMP, 128 (Outubro-Dezembro 2011);

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;

DIAS, Jorge Figueiredo; BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais Penais: o Arguido e o Defensor*, Coimbra, 2020;

DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, 1ª edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

DIAS, Jorge Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*, in: CEJ (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal, o Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988;

DIAS, José António de Albuquerque, *Roubo de identidade e falsificação de documentos*, Boletim da Ordem dos Advogados, n° 83, Outubro 2011;

GONÇALVES, Maia, *Código Penal Português – Anotado e comentado*, 16ª. ed., Almedina, Coimbra, 2004;

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, “*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora S.A., Coimbra, 2010;

PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º do Código do Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)*, RMP, Ano 15, n° 60, 1994;

RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, in: Revista do Ministério Público, n° 109, Jan/Mar 2007;

RISTORI, Adriana Dias Paes, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Almedina, Coimbra, 2007;

SÁ, Liliana da Silva, *O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação*, in: RMP, n° 107, ano 27, Jul-Set 2006;

SANTOS, M. Simas; HENRIQUES, M. Leal-, *Código de Processo Penal, Anotado*, 2ª edição, Reimpressão, II volume (art.ºs 241.º a 524.º), Editora Rei dos Livros, 2004;

SEIÇA, A. Medina, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III (artigos 308º a 386º), Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001;

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I: noções gerais, elementos do processo penal*, volume I, 6ª edição (revista e atualizada), Verbo, Lisboa, 2010;

SILVA, Maria de Fátima Reis, *O direito à não autoincriminação*, in: Sub Judice, Almedina, n.º 40, julho-setembro 2007;

SILVA, Sandra Oliveira e, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019.

Jurisprudência

Ac. do TC n.º 340/2013, publicado em Diário da República, 2.ª série, n.º 218, de 11 de novembro de 2013, Parte D;

Ac. do TC n.º 695/95, processo n.º 351/95, relator Vítor Nunes de Almeida, disponível para consulta em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950695.html>;

Ac. do TC n.º 304/2004, processo n.º 957/2003, publicado em Diário da República n.º 169/2004, Série II de 2004-07-20, pp. 10911 a 10914);

Ac. do TC n.º 155/2007, processo n.º 695/06, publicado em Diário da República n.º 70/2007, Série II de 2007-04-10, pp. 9088 a 9100);

Ac. do TC n.º 461/2011, processo 366/11, publicado em Diário da República n.º 243/2011, Série II de 2011-12-21, pp. 49522 a 49531;

Ac. do TRP de 28-01-2004, Processo n.º 0211045, relator Alves Duarte, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

