

Universidades Lusíada

Cerqueira, Daniela Patrícia Ferrás

Direito ao silêncio : o direito ao silêncio do arguido e o dever de sujeição a diligências de prova no processo penal português

<http://hdl.handle.net/11067/1933>

Metadados

Data de Publicação

2015

Resumo

Nesta dissertação, o assunto que nos propomos analisar incide na problemática envolvente do direito ao silêncio. O direito ao silêncio passou a ser aceite como garantia e como corolário do princípio contra a auto – incriminação. Em termos introdutórios faremos uma referência ao percurso histórico do direito ao silêncio. O silêncio do arguido não pode fundamentar uma presunção de culpa: ele presume-se inocente, e este, é um dos princípios basilares consagrados na CRP. Este direito assenta em va...

Abstract: Trough this paper work we will focus on the problems concerting with the right of a person to remain silenced, when suspect of a crime. This right is now accepted a guarantee and as a corollary of the principle against self-incrimination. First, to introduce, we will refer de historic evolution of this right to remain silenced. The defendant silence cannot sustain a presumption of guilt: the defendant is presumed innocent, and that is one of the founding principles established in th...

Palavras Chave

Direito, Direito penal, Processo penal, Prova, Arguido, Direito ao silêncio, Teoria do direito, Direitos e deveres do arguido

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-27T05:58:28Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

DIREITO AO SILÊNCIO

**O DIREITO AO SILÊNCIO DO ARGUIDO E O DEVER DE
SUJEIÇÃO A DILIGÊNCIAS DE PROVA NO PROCESSO
PENAL PORTUGUÊS**

Daniela Patrícia Ferrás Cerqueira

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

DIREITO AO SILÊNCIO

**O DIREITO AO SILÊNCIO DO ARGUIDO E O DEVER DE
SUJEIÇÃO A DILIGÊNCIAS DE PROVA NO PROCESSO
PENAL PORTUGUÊS**

Daniela Patrícia Ferrás Cerqueira

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor Fernando José Santos Pinto Torrão

Porto, 2015

Agradecimentos

Numa dissertação, apesar de todo o esforço, empenho e tempo que dedicamos, que é comum a qualquer investigador, reúne-se contributos de diversas pessoas, e sem o qual jamais este projeto se concretizaria.

Agradeço a todos os professores de Direito que tive, em especial ao Doutor Fernando Torrão pelos ensinamentos jurídicos, pela disponibilidade que sempre demonstrou e pelo auxílio em todo este longo processo. Foi um privilégio tê-lo como orientador na elaboração desta dissertação, sendo impossível esquecer as suas sábias problematizações que me fizeram diversas vezes refletir.

À minha família pela sua infinita paciência comigo, para que realizasse o meu sonho, que me incentivou e motivou nos momentos mais complicados. Serão sempre o meu porto seguro.

Aos meus amigos e colegas, que tive oportunidade de conhecer, por todas as oportunas manifestações de amizade e de conhecimentos valiosos.

O meu muito obrigado a todos que contribuíram para a concretização desta dissertação, estimulando-me intelectual e emocionalmente.

Índice

Agradecimentos.....	II
Índice	III
Resumo	VI
Abstract.....	VII
Palavras-chave.....	VIII
Lista de abreviaturas	IX
Introdução	1
Capítulo I - História: Enquadramento do Direito ao Silêncio	3
1.1 No Direito Canónico	3
1.2 No Direito Romano	6
1.3 No Direito Anglo-Saxão.....	7
1.4 Nos países europeus continentais de tradição romano-germânica.....	10
1.5 Em Portugal	13
Capítulo II - O Direito ao silêncio: Sua Relação com Direitos Fundamentais e Garantias Individuais da Constituição	17
2. Princípio do Estado de Direito.....	17
3. Princípio do Estado de Direito Democrático	19
4. Direito a todas as garantias de defesa.....	21
5. Direito à integridade pessoal.....	22
6. Direito à reserva da intimidade da vida privada, à palavra e à liberdade de expressão	24
7. Princípio da Presunção de Inocência.....	26
Capítulo III - O Direito ao Silêncio e a sua relação com os Princípios do Processo Penal Português	30
8. Princípio do contraditório.....	30
9. Princípio do <i>in dubio pro reo</i>	34
10. Princípio da investigação ou da verdade material.....	35
11. Princípio da livre apreciação da prova	37
Capítulo IV - Conceito e Natureza Jurídica do Direito ao Silêncio	40
12. Conceito de Direito ao Silêncio	40
13. Natureza Jurídica do Direito ao Silêncio.....	41

14.	Fundamento jurídico do Direito ao Silêncio.....	43
15.	Direito à não auto-incriminação.....	52
Capítulo V - Conteúdo e limites do Direito ao Silêncio		54
16.	Âmbito do Direito ao Silêncio	54
17.	Dever de advertência sobre o direito ao silêncio	55
18.	Titulares do direito ao silêncio.....	59
18.1	O arguido.....	59
18.2	As testemunhas.....	61
18.3	Outros titulares do direito ao silêncio	62
19.	Direito ao silêncio e o Interrogatório	63
19.1	O direito ao silêncio no interrogatório do Processo Penal Português.....	63
19.2	Natureza jurídica do interrogatório.....	67
19.3	Garantias e requisitos do Interrogatório.....	69
19.3.1	Objeto do interrogatório e a informação sobre a imputação	69
19.3.2	Voluntariedade e espontaneidade e o comparecimento do arguido ...	71
19.3.3	A presença do defensor no interrogatório	73
20.	A confissão	75
21.	Limites e efeitos do exercício do direito ao silêncio: sua valoração	77
21.1	As declarações de co-arguido.....	80
21.2	Direito ao silêncio vs Direito de mentir	82
21.3	Direito ao silêncio vs dever de colaboração.....	84
Capítulo VI - O direito ao silêncio do arguido e o dever se sujeição a diligências de prova.....		88
22.	Proibições de prova: conceito e inadmissibilidade de meios de prova ilicitamente obtidos	88
23.	Direito ao silêncio e a proibição de métodos que perturbem a condição física e psicológica do arguido	99
24.	Consequências da inobservância do direito ao silêncio	102
25.	O alcance do direito ao silêncio e o dever se sujeição a diligências de prova	106
26.	As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português (Alteração ao código de processo penal - Lei 20/2013, de 21 de Fevereiro)	119
27.	Análise Crítica do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 14/2014	123
Conclusão.....		159

Bibliografia	162
Jurisprudência	166

Resumo

Nesta dissertação, o assunto que nos propomos analisar incide na problemática envolvente do direito ao silêncio. O direito ao silêncio passou a ser aceite como garantia e como corolário do princípio contra a auto – incriminação.

Em termos introdutórios faremos uma referência ao percurso histórico do direito ao silêncio.

O silêncio do arguido não pode fundamentar uma presunção de culpa: ele presume-se inocente, e este, é um dos princípios basilares consagrados na CRP. Este direito assenta em valores fundamentais, que encontra suporte tanto na Constituição da República Portuguesa, como no Código de Processo Penal Português, como na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos.

Analisaremos os princípios que encontram ligação com o direito ao silêncio, como o princípio do contraditório, da investigação, do in dúbio pro reo e do estado de direito.

Exploraremos o direito ao silêncio no interrogatório do arguido no Processo Penal Português e todas as observâncias exigidas. Ao arguido não assiste o direito de mentir, no entanto também não lhe é exigido que colabore na prossecução criminal.

A sujeição do arguido a diligências de prova é analisado, averiguando assim de que forma ofende o alcance do direito ao silêncio.

O Processo Penal tem como grandes finalidades descobrir a verdade, realizar a justiça, defender e garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos e assim, alcançar a paz jurídica ofendida pela prática de crimes.

Abstract

Trough this paper work we will focus on the problems concerting with the right of a person to remain silenced, when suspect of a crime. This right is now accepted a guarantee and as a corollary of the principle against self-incrimination.

First, to introduce, we will refer de historic evolution of this right to remain silenced.

The defendant silence cannot sustain a presumption of guilt: the defendant is presumed innocent, and that is one of the founding principles established in the Portuguese Constitution. This right is settled in some fundamental values, and finds it's support both in the Portuguese Constitution and in the Portuguese Criminal Proceedings Code, but also in the European Convention on Human Rights and in the International Covenant on Civil and Political Rights.

We will analyse the principles linked with the right to remain silenced, such as the adversarial principle, the investigation principle, the *in dubio pro reo* and the rule of law.

We will explore the defendant's right to remain silenced during the questioning, under the light of Portuguese Criminal Proceeding Law. However, we must say that the defendant has no right to lie and that he must cooperate with the criminal investigation.

As so, we must analyse the defendant's subjection to the gathering evidence procedures to determine if it offends the right to remain silence.

Criminal Law Proceedings aims to find out the truth, to perform justice, to defend and to ensure fundamental rights to all citizens as so it aims to achieve the common peace, which is offended by criminal acts.

Palavras-chave

Direito ao silêncio;

Direito à não auto-incriminação;

Direitos fundamentais;

Processo Penal Português;

Prova;

Proibições de Prova;

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

Acs – Acórdãos

CC- Código Civil

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPP – Código Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Introdução

O tema que nos propomos investigar incide sobre o direito ao silêncio do arguido ao qual está associado o direito de não se incriminar a si próprio, *nemo tenetur se ipsum accusare*. A repressão da criminalidade não pode sacrificar direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, o Direito Processual Penal apresenta como principais finalidades a realização da justiça, juntamente com a descoberta da verdade material e também o restabelecimento da paz jurídica, colocada em causa pelo crime e a reafirmação da norma violada.

De uma forma inicial iremos referenciar, de forma breve, o percurso histórico do direito ao silêncio do arguido, de forma a se entender as suas origens, nomeadamente no Direito Canônico, no Direito Romano, no Direito Anglo- Saxão, nos Países Continentais de tradição Germano- Românica e em Portugal. Não sendo este estudo objeto fulcral do presente tema.

O direito ao silêncio encontra-se consagrado em diferentes legislações, na Constituição da República Portuguesa, ainda que não expressamente, no Código de Processo Penal Português, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Analisaremos o direito ao silêncio na sua ligação com os direitos fundamentais, consagrados na Constituição da República Portuguesa, assim como o princípio do Estado de Direito, o princípio da presunção de inocência, o direito à integridade pessoal. Assim como também, os princípios estruturantes do processo penal, que encontram uma íntima relação com o direito ao silêncio do arguido, nomeadamente, o princípio do contraditório, o princípio da investigação e da verdade material, o princípio do *in dubio pro reo*.

O silêncio do arguido não pode fundamentar uma presunção de culpa: ele presume-se inocente (artigo 32º, nº2 da CRP). O âmbito, o dever de advertência do direito ao silêncio e o desrespeito deste dever de advertência também serão alvo de estudo.

O interrogatório do arguido no Processo Penal Português tem sofrido alterações, tendo em conta a mentalidade ideológica, social e cultural do momento histórico. Dada à evolução da ciência e a utilização de novos métodos de investigação, o arguido passou a ser visto não como objeto de prova, mas como sujeito de direitos.

O interrogatório apresenta uma ligação com o direito ao silêncio, pelo que nos debruçamos um pouco pela sua análise.

Neste seguimento, refletiremos se o arguido tem ou não o dever de colaborar com a justiça para a descoberta da verdade. Deste modo, analisaremos algumas situações, nomeadamente a questão de assistir ou não ao arguido o direito a mentir, qual o alcance e limites do direito ao silêncio, a utilização de uma prova em que não foi respeitado o direito ao silêncio, a sujeição do arguido a diligências de prova. Todas estas situações serão debatidas no presente estudo.

A justiça faz parte da própria ideia de Direito, que por sua vez, será concretizada através de princípios jurídicos materiais, onde afirmação essencial reside no respeito pela dignidade humana, a proteção da liberdade e a realização da igualdade.

1. Origem e evolução histórica do direito ao silêncio

1.1 No Direito Canónico

O Império Romano torna-se cristão no século IV¹. A par do direito romano, embora não interligados, encontramos o direito canónico, que foi instituído por aqueles que seguiam os ensinamentos de Jesus, que veio a fundar a Igreja Católica, tendo esta como fonte as Sagradas Escrituras – Antigo e Novo Testamento (Ristori, 2007: 30).

A Igreja Católica admitia dois sistemas jurídicos: o direito religioso e o direito laico, uma vez que não se identificava diretamente com um Estado.

O direito canónico exerceu forte influência no desenvolvimento do direito laico da Europa Ocidental aliás, foi, durante muito tempo na Idade Média, o único direito escrito que exibia uma forma única e comum a todos os povos (Ristori, 2007: 30).

Após Constantino no século IV e V, permitir a organização episcopal, a competência dos bispos alargou-se, adquiriram competência em matéria penal, para julgar as infrações religiosas ou espirituais, sendo o julgamento realizado pelos tribunais eclesiásticos. Desta forma, todas as pessoas que eram contra a religião e praticavam determinadas infrações, tal como: heresia, apostasia, feitiçaria, eram julgadas pelos tribunais eclesiásticos. Julgavam ainda as pessoas que atentassem contra as regras canónicas juntamente com os tribunais laicos.

O processo penal canónico era acusatório, exigindo a apresentação de um libelo escrito para que o réu fosse convocado pelo tribunal, ao qual apresentava as suas exceções. Às partes competia apresentar as provas que fundamentassem as suas alegações (Ristori,

¹ Na Europa, no início da Idade Média, encontramos os seguintes sistemas jurídicos: o direito romano; o direito canónico; os direitos germânicos (no qual se incluem os direitos dos anglo e saxões); os direitos eslavos e o direito celta. (GILISSEN, 2003: p.127-128)

2007: 31). Entretanto, em meados do século XII, o direito canônico torna-se inquisitório, iniciado *ex officio* pelo juiz que tivesse conhecimento de uma infração, com atos secretos².

A tortura passou a ser permitida e aplicada pela Inquisição para combater a heresia, em 1252. Este método deveria de ser aplicado uma única vez, evitando excessos, visando obter a confissão e o arrependimento do acusado. Por sua vez, no Concílio de Latrão, foi instituído o juramento de *verita dicenda*, ou seja, o acusado estava obrigado a dizer a verdade (Ristori, 2007: 32).

O procedimento instituído pelos Tribunais de Santo Ofício da Inquisição foi regulamentado pelas *Decretales*, uma compilação de textos religiosos, no papado do Gregório IX³. Entre os cânones ali reunidos, encontra-se no *Cum Causam*, de Inocêncio III, uma cláusula que para muitos é a origem do direito contra a auto-incriminação, que não se manteve devido ao estabelecimento do juramento de *verita dicenda* (Ristori, 2007: 32).

A igreja tendo em vista o combate á heresia, alterou o sistema processual penal adoptado, utilizando meios radicais para o esclarecimento dos factos, sendo assim justificada a tortura. O procedimento canônico que ao início era apenas utilizado para as ofensas à religião ou para os que atentassem contra a moral cristã, passou a ser um instrumento de perseguição de todos os delitos, em nome da “heresia”, que passou a entender-se como ofensa contra o Estado (Ristori, 2007: 32).

Neste sentido, o interrogatório era considerado meio de prova, utilizando-se de forma reiterada a tortura, e, em consequência disto, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, não detinha qualquer importância⁴. A mentira jamais era aceite, uma vez que o acusado era interrogado sob juramento de dizer a verdade. A confissão, *probatio probatissima*, tendo em vista a imediata punição do acusado, era encarada como a prova principal para a descoberta da verdade (Ristori, 2007: 33).

² O segredo não servia apenas para o bom desenvolvimento das investigações, mas também para a proteção dos humildes e daqueles que pudessem ser vítimas em sua boa fama (Grinover, 1976: 45).

³ A inquisição em Portugal estabeleceu-se oficialmente em 1547, apesar de ter iniciado as suas atividades em 1536.

⁴ A tendência era a busca de provas por meio do acusado ou com a sua cooperação. Nesse contexto, justificou-se o emprego da tortura, como meio de obtenção da confissão do acusado. A verdade, extorquida do acusado, era tida como decisiva para o resultado do processo penal (Queijo, 2003: 7).

Todo o herege que não se confessasse, era normalmente preso, e perante o tribunal, sob juramento, era interrogado pelo inquisidor, onde o interrogatório poderia ter a frequência que o inquisidor entendesse, não existindo a indicação do momento processual em que tal ocorreria (Ristori, 2007: 34)⁵. Se o acusado confessasse o crime, mostrando um verdadeiro arrependimento, o seu julgador atuava como confessor, sendo-lhe aplicada uma penitência, e não mais prisão. Quando o acusado se recusava a confessar, alegando inocência, era submetido à tortura⁶, conforme fosse do entendimento da autoridade inquisitorial. A confissão obtida mediante a tortura deveria ser confirmada em posterior interrogatório, no entanto, se o acusado permanecesse em silêncio seriam colhidas provas (Ristori, 2007: 35). Existe alguma informação, de que era possível a defesa do acusado por um advogado, embora este pudesse ser condenado por proteção de heresia. O advogado tinha um papel pouco interventivo, resolvia apenas questões relativas à apreensão dos bens e aconselhava o acusado a confessar o crime.

Sendo apurada a culpa do acusado, a este poderia se aplicar uma das três penas: a confiscação dos bens, a prisão ou a pena de morte. O acusado detinha de um ano para provar o equívoco da medida que lhe tinha sido determinada, se não conseguisse, era considerado herege, executando-se a pena estabelecida (Ristori, 2007: 35).

A sentença era publicada em um auto-de-fé, nos casos de pena de morte aplicada pelo poder temporal e nos restantes pelo Santo Ofício (Ristori, 2007: 35).

⁵ Quando o herege era preso, os bens eram sequestrados e iniciava-se a oitiva das testemunhas e a obtenção das provas. A atuação dos inquisidores era organizada por bulas, decretais e manuais. Destacam-se os maiores autores: *Practica inquisitionis heretice pravitatis*, de Bernardo Gui, de 1320, e *Directorium Inquisitorium*, o Manual dos Inquisidores, do frei dominicano Nicolau Eymerich, de 1376.

⁶ A tortura não era considerada como um meio de prova, mas como um processo utilizado para obter uma confissão em justiça, que constituía um *notorium iuris* e dispensava prova (Gilissen, 2003: 718). O que era notório não precisava de prova e tinha um valor maior que uma prova plena.

1.2 No Direito Romano

Alguns autores⁷ divergem quanto á origem do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito romano clássico.

No período da monarquia, não se detêm muita informação, uma vez que a escrita ainda não era muita difundida, o que faz presumir que haveria pouca atividade legislativa (Ristori, 2007: 22).

Na República, destaca-se a Lei das XII Tábuas, um dos fundamentos do *ius civile*, que entre os diversos temas abordados, a partir dos costumes em vigor, consagrou também o processo penal (Ristori, 2007: 22).

Durante o período do direito pré-clássico, o processo penal, de caráter público, denominava-se de *cognitio*, e possuía um magistrado com amplos poderes, que recebia denúncias, apenas para possibilitar a defesa nos limites por ele permitidos.

O momento principal da *accusatio*, é o interrogatório do acusado, onde não era possível silenciar perante o magistrado, sob pena de lhe ser aplicada uma multa, prisão ou flagelo (Ristori, 2007: 23).

Por seu turno, no direito clássico, mas já no último século da República, encontramos a introdução das *quaestiones perpetuae*, cujo sistema foi regulamentado pela *Lex Iulia iudiciorum publicorum*, de Augusto. Com a recepção da acusação nesta época, depois da *inquisitio*⁸, era designado o interrogatório do acusado⁹ no qual prestava juramento de dizer a verdade. Se o acusado enveredasse pelo silêncio, ou não contestasse os fatos que lhe eram imputados, era considerado *confessus*, se o libelo indicasse a imputação de delitos privados. Quando estava em causa delitos capitais, não importava a sua confissão ou o seu silêncio (Ristori, 2007: 24). A confissão da infração resultaria na

⁷ Pugliese, Cappelletti e Helmholtz entendem que as raízes deste princípio não se encontram no direito romano clássico (do século II a.C até final do III d.C) nem por ele foi aplicado (Ristori, 2007: 21).

⁸ *O acusado, que já tinha sido notificado da acusação, ficava com o direito de seguir o acusador, fiscalizar seus atos, fazê-lo acompanhar de um agente que vigiasse suas diligências, assistir ao exame das testemunhas, interroga-las e contraditá-las. Esta fase era a da inquisitio, que devia estar terminada no dia fixado para a audiência ou sessão de julgamento* (Almeida Junior, 1959: 33).

⁹ *Havia nesta fase o predomínio do caráter de meio de defesa do interrogatório* (Nucci, 1997: 133).

prisão do acusado até ao julgamento e, a priori, o processo terminaria, ficando apenas por estabelecer a fixação da pena e a sua execução (Ristori, 2007: 24).

Dadas as exigências de combate à criminalidade, assim como o sentimento de animosidade criado entre os cidadãos que utilizavam o processo com espírito de vingança, prevalece no Império a *extraordinaria cognatio*, última fase do desenvolvimento do processo penal romano (Ristori, 2007: 24). O magistrado tinha o poder de proceder *ex officio*, também nesta fase. O magistrado conduzia a instrução, de forma inquisitória, oferecendo ao acusado poucas garantias de defesa, quando não era apresentada acusação privada.

Encarando agora o interrogatório como meio de prova, a tortura podia ser aplicada. A este respeito, João Couceiro entende que, apesar da prática de tortura, o acusado ainda detinha algumas garantias de defesa. Com efeito, não podia a pessoa, por exemplo, ser compelida a exibir documento que viesse a prejudicar a si mesma, ou a apresentar testemunha em seu próprio prejuízo (Couceiro, 2004: 39-40).

O processo Penal romano nasce, pois, inquisitório, atinge durante a República a perfeição, caracterizando-se pelo acusatório e na decadência do Império reassume características repressivas e inquisitoriais (Barreiros, 1981: 19).

1.3 No Direito Anglo-Saxão

A Inglaterra, protegida pelo canal da Mancha, desenvolveu um sistema jurídico próprio denominado *commom law*¹⁰.

Em 1215, a *Magna Charta Libertarum* impôs o estabelecimento de limites ao poder soberano inglês, destacando-se uma garantia fundamental, que determinava o julgamento do acusado por um júri formado por seus pares, salvaguardando desta forma a liberdade individual, um grande direito fundamental (Ristori, 2007: 36).

¹⁰ A expressão *commom law* é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região; chamaram-lhe, aliás, durante vários séculos *comune ley* (lei comum), porque os juristas ingleses continuaram a servir-se do francês, o *law French*, até o século XVIII (Gilissen, 2003: 207).

Aplicação dos direitos pelos tribunais reais, em detrimento das jurisdições senhoriais e locais, nesta época, foi notória. Qualquer pessoa podia efectuar um pedido ao rei que, depois de o analisar, poderia conceder um writ¹¹.

Só no século XV, as provas puderam ser produzidas perante o *petty jury*, que era formado por doze cidadãos, uma vez que até essa altura o *petty jury* julgava em conformidade com o conhecimento que possuía do caso. O acusado não tinha o direito de ser ouvido.

O acusado podia optar por não comparecer no julgamento. Caso fosse essa a sua opção, era submetido à *peine forte et dure*¹². Se comparecesse no julgamento, depois de feita a leitura do *bill of indictment*, o acusado era interrogado sobre se era culpado ou inocente. Se o acusado confessasse o crime, de imediato era julgado pelo tribunal real. Se eventualmente optasse pelo silêncio, tratando-se de crimes de alta traição e *felonies*, era presumida a sua confissão: tratando-se de outras infrações, o acusado era submetido a uma *peine forte et dure* até que falasse. Não estava aqui em causa uma tortura, no sentido estrito para se obter a auto-incriminação do acusado, antes a continuação do procedimento com uma declaração de culpado ou inocente¹³.

Havia entendimento que o direito ao silêncio¹⁴ não deriva do direito canônico, mas sim da *common law*. Neste sistema, o silêncio do acusado não fazia presumir a sua culpa.

¹¹ Ordem enviada a um xerife para que o reclamado satisfizesse o interesse do queixoso. O direito desenvolveu-se em Inglaterra desde o século XIII, com base na lista de writs, isto é, das ações judiciais sob a forma de ordens do rei (Gilissen, 2003: 211).

¹² Fechado numa sala escura, com as costas nuas sobre o Chão de pedra, era colocado sobre o seu peito um grande peso de ferro, devendo passar a pão e água (três nacos de pão ruim num dia, três goles de água parada no outro) (Ristori, 2007: 38).

¹³ Em 1772, a *peine forte et dure* foi abolida por um statute que autorizava as Cortes a considerarem *pro confesso* todo acusado que permanecesse mudo, regra que já existia para os casos de traição. Em 1827, um novo statute passou a considerar o silêncio do acusado como equivalente a um *plea of not guilty* (Baker, J.H. *apud* Ristori, 2007: 38).

¹⁴ Macnair entende que *o direito ao silêncio era concedido às testemunhas e para alegações de crime em procedimentos civis, e foi introduzido no direito inglês por influência do direito comum europeu, principalmente do direito canônico* (Macnair, M.R.T. *apud* Ristori, 2007: 38).

Foi o primeiro sistema jurídico a abolir a tortura, que servia como meio de obtenção de provas e os juramentos no momento do interrogatório (Ristori, 2007: 38).

Não existe consenso sobre o momento em que a *commom law* passou admitir o privilégio contra a auto-incriminação. Costa Andrade entende que o direito ao silêncio foi implantado na *commom law*, em 1679 (Andrade, 1992: 123).

Actualmente, o princípio da não auto-incriminação, está totalmente incorporado no processo penal inglês, onde o acusado pode se remeter ao silêncio. O desenvolvimento do *privilege against self-incrimination* perpassa pelas regras da *desqualification for interest*, *confession rule* e *witness privilege* (Ristori, 2007: 39). Em 1898, a primeira regra abandonada, foi a de não permitir que o acusado falasse, mesmo estando sob juramento, sendo do entendimento que era desqualificado para depor em interesse próprio. Também não poderiam ser recolhidas provas do acusado contra si próprio. Só posteriormente ao século XIX, é que se estabeleceu uma relação entre a regra estabelecida e o *nemo tenetur prodere se ipsum*. A segunda regra estabelecida, após o século XIX não permitia que o acusado prestasse juramento no interrogatório, se, não fosse esta regra cumprida as informações não poderiam ser utilizadas contra si, uma vez que a regra não permitia a confissão extorquida por compulsão e o julgamento assentava nessa característica. Por último, a regra mencionada, considerava que a testemunha, mais do que o silêncio, poderia recusar-se a depor sobre qualquer questão que pudesse incriminá-la ou expô-la a futura perseguição. No entanto, depois de se ter iniciado o depoimento, não poderia invocar a regra (Ristori, 2007: 40).

O princípio *nemo tenetur prodere se ipsum* ganhou importância, após a eliminação da impossibilidade de o acusado depor, e, quando foi reconhecido que a *witness privilege rule* possuía os mesmos atributos de exclusão da *confession rule*, ou seja, o que fosse dito pela testemunha não poderia ser utilizado contra ela, uma vez que teria sofrido compulsão para depor (Ristori, 2007: 40).

Actualmente, no processo penal inglês, de estrutura acusatória, o juiz não realiza o interrogatório do acusado, sendo esta competência da polícia, a quem compete advertir o acusado de que tudo que ele disser poderá ser usado como prova contra si, e respeitando o seu desejo de se remeter ao silêncio quando este o entender. Não existe nenhum meio de compelir o acusado a comparecer no interrogatório. Todas estas regras são respeitadas pela polícia inglesa, visto que o juiz pode impedir o uso de uma prova contrária à justiça.

Em 1898, é que se admite que o acusado seja ouvido, no interrogatório como a testemunha em causa própria, sendo sujeito ao *cross-examination*, não beneficiando, neste

caso, do direito ao silêncio, tendo a obrigação de responder com verdade a todas as perguntas que lhe sejam colocadas. Actualmente, o *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, modificou a circunstância de não se poder mencionar a utilização do direito ao silêncio pelo acusado aos membros do júri, que se verificava anteriormente, o que eleva a necessidade de o acusado depor para que a sua defesa não seja prejudicada (Ristori, 2007: 41).

O direito ao silêncio na Inglaterra é relativo, uma vez que quando o acusado decide se manter silente, presume-se a sua culpabilidade. Em virtude, das medidas e das elevadas dificuldades de combate ao terrorismo, o direito ao silêncio teve uma afluência muito reduzida.

Muitas correntes ambicionavam a abolição do direito ao silêncio, entendendo que se o processo penal busca a verdade dos fatos, o silêncio do acusado não permitia que a polícia tivesse acesso a dados importantes que poderiam facilitar a sua reposição (Ristori, 2007: 42). O fato de o acusado não poder beneficiar do direito ao silêncio, algumas correntes entendiam que afastaria a denominada “defesa de emboscada”, referida por René David como tácita de defesa de se manter silente perante a *Magistrate Court*, tendo em atenção às provas produzidas pela acusação e, sendo admitido tal, age agora já perante o júri na *Crown Court*, mimando os aspectos erróneos da acusação e levando aspectos para a acusação que não teve anteriormente conhecimento (Ristori, 2007: 42).

A corrente que foi aceite, que foi considerada mais conveniente, foi a do “conservadorismo instrumental”, que incentiva à manutenção do direito ao silêncio perante as inúmeras razões que uma pessoa pode apresentar, não se limitando apenas à omissão do delito e da sua culpabilidade (Ristori, 2007: 42).

1.4 Nos países europeus continentais de tradição romano-germânica

Os estados europeus continentais seguiam o método inquisitório canonista. No entanto, após a Revolução Francesa, sob influência de alguns filósofos, como Hobbes, Voltaire e Beccaria começaram a modificar-se.

Beccaria entende que a tortura é uma crueldade praticada pela maioria das nações, e que, não deveria de ser aplicada, uma vez que se o delito é certo, a confissão não detém qualquer tipo de influência. Caso o delito seja incerto não se deveria torturar um inocente. É querer confundir a ordem das coisas o exigir que um homem seja ao mesmo tempo

acusador e acusado, que a dor se torne crisol da verdade, como se o critério da verdade residisse nos músculos e nas fibras de um infeliz, acrescentando ainda que seria um meio seguro de absolver os robustos celebrados e de condenar os débeis inocentes. Qualifica o juramento de inútil, pois incapaz de fazer alguém dizer a verdade, já que esta em contradição com os sentimentos naturais do homem. De certa forma, não dá grande importância à confissão e ao interrogatório, uma vez que o objectivo maior era combater as práticas inquisitivas que dominavam os sistemas europeus, ao afirmar que aquele que se obstinasse em não responder às perguntas que lhe são feitas merece uma pena fixada pela lei, e pena das mais graves que sejam por ela prescritas, para que os homens não desiludam a necessidade do exemplo que devem ao público. A pena não será necessária quando estiver fora de dúvida que um certo acusado tenha cometido um certo delito, de tal modo que o interrogatório seja inútil, precisamente da mesma maneira que é inútil a confissão do delito quando outras provas justificam a culpa.

O sistema francês exigia que o acusado prestasse juramento antes do interrogatório, assim como o acusado podia ser torturado para que confessasse. Com o fim da *question préparatoire* e da *question préalable* foi decretada a sua abolição e, em 1789, a supressão do juramento (Ristori, 2007: 46). O *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808 contempla apenas a advertência de que poderia o acusado remeter-se ao silêncio no interrogatório na presença da *Cour d'assises* (Tribunal de Jurados), mas não continha regras suficientes para a sua garantia, tendo o juiz a faculdade de valorar o seu silêncio de forma desfavorável para o acusado (Ristori, 2007: 46).

Actualmente, o sistema francês ainda não consagra expressamente o direito ao silêncio. O código de Processo francês de hoje, contém apenas a menção de que para o interrogatório de *première comparution*, o juiz instrutor deve advertir o acusado de que é livre para não fazer qualquer declaração, após o ter identificado e ter demonstrado os factos que lhe estão sendo imputados. Para alguns autores, a advertência por parte do juiz ao acusado de que é livre para não fazer qualquer declaração é essencial, sob pena de a não verificação levar à nulidade do interrogatório.

Em Itália, os Códigos de Processo Penal de 1865 e de 1913, já demonstravam proteção do direito ao silêncio do acusado. Quando surgiu o facismo, o Código Rocco, de

1930, aboliu este direito¹⁵ sendo novamente estabelecido em 1969, com a Lei n. 932. O Código Processo Penal prevê no seu art. 64, nº3 que o juiz deve advertir o acusado do seu direito ao silêncio, no entanto, terá que responder com verdade às perguntas relativas à sua identificação. No sistema italiano, o interrogatório não tem muita importância, que acolheu um modelo acusatório em 1988, desde a inovação nos arts. 208º a 210º, que dizem respeito ao *esame delle parti*, sendo este um meio de prova que pode ser requerido ou consentido pelo acusado (Ristori, 2007: 47).

Na Alemanha, a partir do século XIX foi eleito o modelo acusatório no processo penal. Importa referir que o Code d'Instruction Criminelle foi transformado em lei numa grande parte do território alemão e permaneceu até 1849.

Actualmente na Alemanha o acusado no primeiro interrogatório tem o direito de consultar um advogado, de se remeter ao silêncio e de saber de que está a ser acusado, ou seja, os termos da acusação. Na audiência de julgamento, o juiz deve dizer ao acusado de que tem direito ao silêncio e de que, se for esta a sua opção, não será prejudicado, uma vez que o juiz não pode presumir perante o seu silêncio a sua culpabilidade¹⁶. Mesmo gozando do direito ao silêncio, o acusado deverá indicar os dados relativos à sua identidade, sob pena de responder criminalmente, se mentir ou se recusar a oferecê-los (Ristori, 2007: 48).

Costa Andrade acrescenta que *a lei fundamental não consagra expresis verbis o princípio nemo tenetur* (Andrade, 1992: 124). Apesar da opinião de Costa Andrade, a doutrina e a jurisprudência germânica entende que aquele princípio configura direito constitucional não escrito, *goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional* (Andrade, 1992: 124).

¹⁵ A confissão do arguido assume, na sequência da tradição inquisitória, um papel muito importante, sendo minuciosamente, regulamentadas as formalidades inerentes ao interrogatório do mesmo, abolindo-se a advertência, tida por estranha e contraditória, feita pelo juiz ao arguido de que ele não é obrigado a responder.

¹⁶ Tanto o juiz, quanto o ministério público e a polícia, possuem uma obrigação estatal de instruir sobre o direito ao silêncio, não sendo permitido pressupor o conhecimento do direito pelo acusado. Desta forma, o legislador alemão visou assegurar, com o dever de instrução, que ninguém, por ignorância da lei, sinta-se psicologicamente pressionado a contribuir ativamente com o Estado através de declarações auto-incriminatórias.

Em Espanha, o direito ao silêncio está expressamente consagrado na Constituição, nos arts. 17º, nº3 e 24º, nº2, não sendo repetido conduz à nulidade do interrogatório (Ristori, 2007: 48). O interrogatório é visto como a faculdade colocada á disposição do acusado para exercer a sua defesa. Trata-se também de um meio de investigação, algo muito importante, tendo em conta o interesse estatal na *persecutio criminis*. O imputado pode contestar algumas perguntas que lhe sejam formuladas, ou seja, em espanha o direito ao silêncio pode ser total ou parcial (art. 520º, nº2, al.a) LEcrim).

Ao contrário de Portugal, em Espanha não existe a obrigação de o acusado fornecer os seus dados pessoais, apesar de questionado sobre a sua identificação civil. No entanto, os tribunais tem valorado de forma negativa as declarações falsas prestadas pelo imputado (Ristori, 2007: 49).

1.5 Em Portugal

Em 1358, no reinado de D. João I, foi estabelecido uma nova forma de procedimento criminal, influenciado pelo direito romano, com a restrição da prisão preventiva e dos tormentos. Foram criados procedimentos para a apresentação das querelas¹⁷, que normalmente deviam ser acompanhadas por testemunhas e juradas por estas.

A legislação de Portugal comportava, nesta época, os chamados forais, normas de direito romano e de direito canónico, que foram compilados por ordem de D. João I. Esta obra veio a ser publicada por D. Afonso V, em 1446, ficando conhecida por Ordenações Afonsinas. Esta obra é dividida em cinco livros, encontrando-se no Livro V, as leis penais

¹⁷ A querela era a queixa apresentada pelo ofendido ao juiz, a qual devia ser registada por tabelião, perante testemunhas e após a prestação de juramento de malícia ou de calúnia pelo querelante, isto é, este devia jurar que a queixa era feita de boa-fé e representava a verdade. Seguidamente, o querelante tinha de indicar testemunhas para a prova de acusação ou pedir prazo para o fazer. Em certos casos devia indicar fiadores que, no caso de abandono da acusação ou de se provar a malícia dela, respondessem perante a justiça pelas custas do processo e a indemnização ao ofendido (Caetano, 1985: 383-384).

e o processo criminal. *No Livro V das Ordenações Afonsinas encontramos uma decisiva influência do direito canônico e do seu procedimento inquisitorial* (Silva, 2000: 95).

Nesta época, um processo criminal podia se iniciar por acusação, por denúncia e por inquirição, princípio fundado por Inocêncio III, no século XIII. A acusação fazia-se através de um auto de querela, já a denúncia era por meio de delação secreta utilizada pelos fracos que temiam represálias e pressões dos poderosos. A inquirição era realizada, na maior parte das vezes, *ex officio*, procedendo-se à investigação do crime.

Em caso de prisão do acusado, procedia-se à citação, podendo o réu no interrogatório negar ou confessar os fatos de que era acusado. Se confessasse, era logo proferida uma sentença condenatória, se negasse o crime, eram elaborados os artigos da acusação, sendo deles notificado o acusado. O acusado podia requerer a *recolatio* ou *confrontatio*, ou seja, que as testemunhas fossem inquiridas na sua presença, mesmo depois de já terem sido ouvidas (Ristori, 2007: 55).

Quando o juiz entendesse que existiam fortes indícios da culpabilidade do acusado, podia ordenar que este fosse novamente interrogado, a fim de obter a sua confissão, nem que para isso fosse utilizada a tortura (Ristori, 2007: 55). Não existia direito ao silêncio, uma vez que o uso da tortura era possível.

No reinado de D. Manuel, que promulgou as Ordenações Manuelinas, contidas também em cinco Livros, com algumas e importantes reformas no processo criminal enquadradas no Livro V. Estas alterações mantiveram-se, no essencial intocadas pelas Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 por Felipe II. Das variadas alterações, foi importante a de que as ações deixaram de ser iniciadas por clamores, para começarem por querelas juradas, ou denúncias, ou inquirições devassas. As querelas para serem recebidas necessitavam do juramento do quereloso e que fossem abonadas por uma testemunha conhecida. Foi ainda prevista a figura do promotor da Justiça, tanto para o cível como para o crime, como no Juízo Eclesiástico.

Nesta época, a tortura era empregue diversas vezes, para não dizer sempre, de forma oculta, para se obter a confissão por parte do acusado, embora só fosse utilizada depois de elaborada a acusação escrita e após ter havido uma confissão extrajudicial ou fuga antes da querela. No entanto, a regra era a de que não fossem os réus submetidos a essa situação, uma vez que tinham o direito de apelação (Ristori, 2007: 56). O juiz, no interrogatório, quando as perguntas sugestivas e as ameaças não eram suficientes, utilizava a tortura, para conseguir que o acusado desse mais informações. Ressalve-se que as confissões obtidas mediante a tortura, não eram suficientes para sustentar uma condenação,

a não ser que o réu viesse a confirmar em juízo, dias depois e afastado do local onde tinha sido sujeito à tortura.

Nas Ordenações Manuelinas o direito ao silêncio estava previsto, no entanto, nesta fase do processo penal não estava assegurado. A participação do acusado era exigida por lei, mas podia negar os fatos de que era acusado, tinha era que se pronunciar sobre eles. Quando o juiz entendia que o acusado não estava a colaborar, sujeitava-o a tormentos, ou então aplicava uma multa, quando a o delito era de menor gravidade.

Portugal passou por diversos movimentos para reformar o processo penal legado pelas Ordenações. O primeiro movimento foi a Nova Reforma Judiciária, que consagrava os princípios fundamentais previstos pela Constituição de 1822. De seguida, a Novíssima Reforma Judiciária, já sob a Constituição de 1838, que passou a ser o diploma mais importante para o Processo Penal até a publicação do Código de Processo Penal de 1929. Neste texto, já se repara que houve preocupação na forma como era realizado o interrogatório, devia ser realizado após a leitura do processo na audiência de julgamento e não era permitido o uso de perguntas sugestivas, persuasivas ou até ameaças, sob pena de o juiz incorrer no crime de abuso de poder (Ristori, 2007: 58).

Com a publicação do Decreto de 28 de Dezembro de 1910, o réu não era obrigado a responder a perguntas do juiz, com excepção das relativas à sua identificação, ou seja, o interrogatório já era visto como um meio de defesa. Se o réu pretendesse se remeter ao silêncio devia de informar o juiz no início do interrogatório.

O Decreto n. 16.489, de 15 de Fevereiro de 1929, estabeleceu que quando se tratasse de arguido detido, o interrogatório devia de ser realizado por um juiz, imediatamente após a detenção. O arguido era obrigado a se identificar.

Eduardo Correia entende que não se pode confundir as declarações prestadas pelo arguido e as prestadas pelas testemunhas. A natureza não é a mesma, uma vez que o arguido não está sujeito à regra estabelecida no art. 242º (Correia, 1956: 169).

Cavaleiro Ferreira entende que o fim imediato do interrogatório dos arguidos presos é apenas para permitir uma defesa rápida, num momento que são objeto de grave medida coerciva – a prisão (Ferreira, 1955: 151). Para o autor, o interrogatório do arguido no código de 1929 não é apenas um meio de defesa, mas também meio de prova. As declarações do arguido têm natureza de meio de prova quando se reconduzem ao interrogatório, nos termos do art. 278º. O arguido seria ouvido como testemunha, mas na qualidade de declarante, pois era sujeito interessado directamente na causa. Não lhe seria

desta forma imposto o dever de prestar as declarações, mas antes o direito de as prestar e caso mentisse, não seria punido¹⁸ (Ristori, 2007: 60).

De forma geral, a doutrina reconhecia que o arguido poderia se remeter ao silêncio perante o juiz, sem que isso o fosse prejudicar juridicamente. No entanto, tal como esclarece Figueiredo Dias¹⁹, o silêncio pode ser-lhe desfavorável, na medida em que o arguido não esclarece fatos que só ele tinha conhecimento.

A constituição da República em 1976 assenta vários preceitos referentes ao processo penal. O art. 32º contempla a estrutura acusatória do processo penal e garantias do arguido, tais como: a presunção de inocência, assistência de um defensor, instrução por um juiz competente, instrução contraditória, provas proibidas e princípio do juiz natural. Para além destas garantias de que beneficia o arguido, também é muito importante o art. 18º, que garante aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias. Estes direitos, liberdades e garantias, só podem ser restringidos por lei nos casos expressamente previstos na Constituição, como por exemplo os arts. 37º e 26º, que asseguram a liberdade de expressão e o direito à palavra.

O direito ao silêncio do arguido no processo penal português, será analisado á luz das normas constitucionais de 1976 e do actual Código de Processo Penal.

¹⁸ *Foi este o modo de conciliar a conveniência de manter como sujeito de prova o arguido, sem o reduzir a objecto de prova. No entanto, o receio de que de pretendesse forçar as declarações do arguido, desvirtuando a natureza da prova por declarações, e a necessidade de respeitar a sua posição de parte, evitando a sua sujeição absoluta a um pretense interesse de justiça, com postergação de sua defesa, interesse que o forçaria a contribuir para a sua própria condenação, impunham certo condicionamento e limites às declarações dos arguidos. O que se pretendeu evitar definitivamente foi a restauração da confissão, inquisitoriamente obtida, como meio essencial de prova no processo, garantindo, através da definição legal dos direitos processuais do arguido, a genuidade das suas declarações, quando desfavoráveis ao próprio arguido (Ferreira, 1955: 152-153).*

¹⁹ *Se o arguido não pode ser juridicamente desfavorecido por exercer o seu direito ao silêncio, já, naturalmente, o pode ser de um mero ponto de vista fático, quando do silêncio derive o definitivo desconhecimento ou desconsideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infração (Dias, 1974: 449)*

2. Princípio do Estado de Direito

O princípio do estado de direito, na sua génese é um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal que tem como objetivo dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do estado. A constituição com este direito tem em vista assegurar a estrutura do poder político e a organização da sociedade de acordo com a “ideia de direito”. *O direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições. Articulado medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, medida material e forma da vida coletiva* (Canotilho, 2003: 243).

O direito é indissociável da realização da justiça, da efectivação de valores políticos, económicos, sociais e culturais. No campo da vida colectiva, o direito é compreendido como uma *ordem jurídica global* que comanda a vida política, através das normas de direito constitucional, através do direito civil e comercial regula as relações jurídicas civis e comerciais, disciplina o comportamento da administração, através do direito administrativo, sanciona os comportamentos contrários à ordem jurídica, através do direito criminal, e cria, formas, procedimentos e processos para a solução dos conflitos de interesses públicos e privados, através do direito processual, direito procedimental (Canotilho, 2003: 244).

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição não se trata apenas de uma lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual, mas uma ordenação normativa fundamental dotada de supremacia.

A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito (Canotilho, 2003: 244). A este propósito é de salientar o art. 1º *Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana*, e o art. 2º *A República*

Portuguesa é um Estado de Direito democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais.

A Constituição de 1976 não fazia qualquer alusão expressa ao estado de direito, a não ser no Preâmbulo.

O princípio do estado de direito tem vindo a ser aplicado pela jurisprudência constitucional portuguesa como um princípio dotado de um “mínimo normativo”, capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos e justificar a inconstitucionalidade de atos normativos violadores do estado de direito (Canotilho, 2003: 255).

O homem necessita de sentir segurança para conduzir a sua vida, por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do estado de direito. A segurança jurídica e a proteção jurídica estão interligados, daí que para alguns autores o princípio da proteção de confiança é como um subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica (Canotilho, 2003: 257). A segurança jurídica está associada com elementos objetivos da ordem jurídica, sendo uma forma de garantia de estabilidade jurídica, enquanto que a proteção da confiança se prende mais com a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos feitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder, de forma a que o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo, abrangendo também a proteção da confiança, pode se entender que os indivíduos tem direito *em poder confiar em que os seus atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas* (Canotilho, 2003: 257).

O estado de direito social tem como objectivo a criação e a manutenção, pela comunidade, de uma situação jurídica permissiva da realização livre da personalidade moral. A aplicação de medidas restritivas dos direitos, liberdades e garantias só pode ser alcançada depois da ponderação do princípio da proporcionalidade, o princípio da subsidiariedade, ou seja, só quando outra diligência não satisfazer o pretendido, art. 18º, nº2 do CPP.

O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura, não pode ser desconsiderado pelos órgãos e agentes de persecução penal, uma vez que o

exercício concreto dessa prerrogativa constitucional jamais poderá ser interpretado em prejuízo de defesa. Apesar de um cidadão ter contra si muitas provas, ele tem o direito de se manter calado perante as autoridades.

3. Princípio do Estado de Direito Democrático

É conhecida a fórmula de Lincoln como um modo de justificação positiva da democracia, *governo do povo, pelo povo e para o povo* (Lincoln *apud* Canotilho, 2003: 287). Ainda hoje, esta sua formulação é considerada a fundamental do princípio democrático.

A Constituição não se ficou por uma teoria em abstrato, procurou antes uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica, daí a consagração deste princípio.

Tal como o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático é um princípio jurídico constitucional com dimensões organizativo-procedimentais. A CRP de 1976, de uma forma normativa respondeu aos problemas de legitimidade da ordem jurídica-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais. Em termos procedimentais, *normativo- substancialmente*, limitou a legitimidade do domínio político à prossecução de determinadas fins e à realização de determinados valores e princípios como a soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática. Na dimensão *normativo-processualmente*, vinculou a legitimação do poder à observância de determinadas regras e procedimentos (Canotilho, 2003: 288). *A Constituição conforma normativamente o princípio democrático como forma de vida, como forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação do poder* (Canotilho, 2003: 287). O princípio democrático é considerado como um impulso dirigente de uma sociedade. O art. 2º da CRP²⁰ conjugado com outros artigos,

²⁰ *A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democrática, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa* (Art. 2º CRP).

nomeadamente os arts. 9º e 81º da CRP²¹, sugere a existência de um objetivo a realizar através da democracia (Canotilho, 2003: 288).

Assim como um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são a base para a realização do princípio democrático. Os direitos fundamentais têm uma função democrática, uma vez que o exercício democrático do poder, significa a contribuição de todos os cidadãos (arts. 48º e 109º) para o seu exercício, estando aqui em causa o princípio da igualdade e da participação política. Os direitos fundamentais implicam também a participação livre, assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício, como é caso disso: o direito de associação, de formação de partidos, são direitos constitutivos do próprio princípio democrático. A função democrática nos direitos fundamentais, verifica-se ainda, uma vez que envolvem a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais. Constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2º da CRP) (Canotilho, 2003: 290).

Sustenta-se desta forma, uma dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Os direitos fundamentais acabam por criar um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, assegurando desta forma o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (Canotilho, 2003: 291). Esta compreensão inspirou o art. 2º da CRP quando se refere a Estado democrático baseado na soberania popular e na garantia dos direitos fundamentais.

O princípio do Estado de Direito democrático, estabelece uma ligação com o direito ao silêncio. Verificamos uma decorrência, ao concebermos o direito à não auto incriminação como uma garantia de defesa que o arguido possui. O direito ao silêncio é efectivamente uma garantia de defesa, que se encontra consagrado como um direito fundamental, e como tal, compete ao Estado, na sua conceção democrática, salvaguardar o direito ao silêncio.

²¹ O art. 9º da CRP refere as garantias fundamentais do Estado e o art. 81 as incumbências prioritárias do Estado.

4. Direito a todas as garantias de defesa

A CRP outorga a todos a plenitude de defesa no seu art. 32º, nº1. Com a evolução do processo penal para o sistema acusatório reconheceu-se ao arguido o direito à defesa, deixando de ser um mero objeto de investigação. Este direito está associado ao direito a um processo equitativo, conforme dispõem os arts. 20º, nº4 da CRP e o art. 6º, nº1 da CEDH. A causa deve ser julgada mediante processo equitativo, que reconheça ao acusador (MP e assistente) e ao arguido uma posição de igualdade material (igualdade de armas). O princípio representa uma concretização processual do princípio da igualdade (Albuquerque, 2008: 46).

O processo justo é um direito que a pessoa tem não apenas a um processo legal, mas também a um processo justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. A protecção que é pretendida por este princípio do processo equitativo implica um controlo dos tribunais relativamente ao carácter justo ou equitativo do processo, de acordo com as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto (Canotilho, 2003: 494-495). Este direito a um processo justo, apresenta-se como uma dupla dimensão, dever de protecção do Estado e direito do particular exigir essa protecção (Canotilho, 2003: 496).

Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que quando no art. 32º, nº1 da CRP se refere “todas as garantias de defesa”, se engloba indubitavelmente todos os direitos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação (Canotilho/Moreira 1993: 202).

Na ampla defesa²², podemos destacar a defesa pessoal. A defesa pessoal, é a que dispõe o acusado, que a pode utilizar ou não, podendo participar no processo enquanto sujeito ativo de direitos. *A defesa pessoal consubstancia-se nos direitos de presença e de audiência: o primeiro diz respeito de o acusado tomar posição em relação às provas produzidas e às alegações e, segundo, ao momento do interrogatório* (Queijo, 2003: 74).

²² A defesa é exercida tanto pelo réu, a chamada auto-defesa, como pelo seu defensor, a chamada defesa técnica. Quando existe choque de posições, deve prevalecer aquela que mais se coaduna com a função “quase pública”, de dialeticamente, contribuir para a busca da verdade no processo penal.

O interrogatório é o grande momento de exercício da defesa pessoal, uma vez que é a grande oportunidade que o arguido tem de emitir a sua versão dos fatos. O direito ao silêncio, insere-se nesta defesa pessoal. É garantida ao arguido a liberdade de falar ou não no interrogatório. O silêncio pode ser utilizado com o objectivo de preservar a intimidade, vida privada, honra ou imagem própria ou de terceiros. *O silêncio pode materializar-se numa estratégia defensiva* (Ristori, 2007: 69).

A defesa técnica, traduz-se numa garantia da jurisdição penal, o imputado não pode ficar inferiorizado em relação ao órgão estatal acusatório eminentemente técnico, sob pena de se quebrar o princípio do equilíbrio processual entre as partes.

A garantia de defesa abarca toda a temática do processo penal, reportando-se tanto ao conteúdo propriamente processual, como ao conteúdo de mérito.

A doutrina divide a defesa em defesa penal e defesa processual. A primeira é a que é exercida contra o conteúdo da acusação, a defesa processual é a que diz respeito a forma procedimental da acusação (Nicola Carulli *apud* Ristori, 2007: 70).

Desta forma, caminhamos em direção a um direito, que cumprindo com o estabelecido no art. 32º, nº1 da CRP, assegura ao arguido “todas as garantias de defesa”, que de acordo com os princípios e valores de um Estado de Direito, salvaguarda a liberdade e a dignidade humana, valores que são invioláveis e supremos na lei fundamental.

5. Direito à integridade pessoal

Como corolário do reconhecimento da dignidade humana como valor supremo do Estado de Direito Português que seria suficiente para afastar qualquer prática de tortura²³ e

²³ Podemos ter noção do que representa o termo tortura no nº1 da convenção da ONU, de 10/12/1984 – Artigo 1.1 “*Tortura*” designa qualquer acto pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um acto que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público

tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (Ristori, 2007: 75), diz-nos a CRP no seu art. 25º, nº 1 e 2, que temos direito à integridade pessoal como garantia constitucional, sendo que, é impossível a utilização de provas proibidas, como estabelece o art. 32º, nº8 da CRP- *São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*²⁴.

Ao arguido é assegurado os seus direitos fundamentais, não sendo ele o objeto de prova. Assim, *Neste campo, a protecção da integridade moral da pessoa assume já a categoria dogmática de garantia fundamental na medida em que se trata de o Estado reconhecer ao cidadão os meios processuais adequados à defesa dos seus direitos* (Meireis, 1999: 201). A integridade pessoal, além de ser um princípio constitucional, é um princípio estruturante da União Europeia²⁵.

É importante referenciar a situação de que o arguido, sujeito processual dotado de direitos e deveres poder ser objeto de investigação tendo por trás o art. 61º, nº3 al. d) do CPP. O fato de o art. 61º, nº3 al.d) referenciar o dever do arguido se sujeitar a diligências de prova ordenadas e efetuadas por entidade competente não significa que o arguido não se possa opor à realização dessas diligências quando forem manifestamente ilegais, por

ou por outra pessoa actuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas. 2. Este artigo não prejudicará qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa conter disposições de maior alcance.

Gomes Canotilho e Vital Moreira compreendem que os *tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos consistem na inflicção de sofrimentos físicos (choques elétricos, agressões, etc), morais (ameaças a membros da família, humilhação racial, etc) ou mistos (violações, etc) e acrescentam que a tortura nada mais é do que a forma mais agravada de tratamento cruel e desumano* (Canotilho/Moreira, 1993: 177).

²⁴ Neste seguimento, podemos ainda ver no acórdão 198/2004 do TC, que no art. 32º, nº8 da CRP, acaba por *sublinhar e tornar indiscutível esse direito à exclusão, enquanto dimensão específica e indissociável do direito a um processo penal com todas as garantias de defesa. Não teria sentido, estando em causa valores (os elencados no artigo 32º, nº8) a que a Constituição confere tal importância, que a prova que os atingisse e fosse obtida com inobservância das regras que permitem a compreensão desses mesmos valores, produzisse consequências processuais que ficassem aquém da nulidade dessas provas.*

²⁵ Art. 6º do Tratado de Amesterdão.

atentatórias de direitos fundamentais. O art. 61º, nº3 al. d) prevê, é que, caso o meio de prova seja ilegal, o arguido deve sujeitar-se à diligência. Esta obrigação do arguido tem que ser ornamentada com o direito fundamental da não auto-incriminação, uma vez que não pode ser objeto de prova, nem ser obrigado a contribuir para determinar a sua culpabilidade. Segundo Costa Andrade existe perigosidade em relação à liberdade *quando o arguido é convertido em meio de prova contra si próprio. Só quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estatal* (Andrade, 1992: 280).

A tortura era a maior crueldade exercida em várias nações, na procura de uma confissão. Beccaria, defendia que *O interrogatório de um réu é feito para conhecer a verdade, mas se é difícil descobrir esta verdade pelo ar, pelo gesto, pela fisionomia de um homem tranquilo, muito menos se descobrirá num homem no qual as convulsões de dor alteram todos os sinais através dos quais na maior parte dos homens transparece por vezes, mau grado seu, a verdade* (Beccaria, 1998: 96-97).

De uma forma conclusiva, podemos dizer que existe uma estreita conexão entre o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* contra a proteção absoluta contra a tortura.

Este princípio também encontra consagração na CEDH, no seu art. 3º²⁶.

6. Direito à reserva da intimidade da vida privada, à palavra e à liberdade de expressão

A CRP consagra o direito à reserva da intimidade da vida privada, no seu art. 26º. O respeito à vida privada integra o conjunto dos direitos de personalidade. Importa salientar que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade incluem os direitos do Estado (por exemplo, direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os

²⁶ *Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.*

direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática e muitos dos direitos de liberdade) (Canotinho, 2003: 396).

O respeito à vida é composto pelo conjunto dos direitos de personalidade.

Desta forma, a reserva da vida privada goza de proteção legal no CP, nos seus arts. 190º a 199º, e na CRP, no art. 26º, nº2.

A vida em comum pode exigir limitações ao direito à intimidade, e o indivíduo pode ter sacrificado a sua intimidade em prol do interesse público (Ristori, 2007: 78).

No entanto, sabemos que podemos optar pelo silêncio e assim resguardar a esfera íntima, acabando por mantê-la inacessível. Por termos este direito constitucional, não podemos ser atacados na nossa intimidade, a não ser que exista um motivo legítimo, uma vez que o silêncio estabelece uma estrita ligação à intimidade da pessoa, que pode optar por se expor ou não (Ristori, 2007: 78). Por sua vez, se o homem decide sair do seu isolamento, tem garantido o uso da palavra e a liberdade de expressão, nos termos do art. 37º da CRP.

Manuel Meireis entende que um indivíduo pode permitir ou convidar que outras pessoas entrem na sua intimidade, pois concorda que *Não defendemos a impossibilidade de os conhecimentos do juiz a essa área central da privacidade; ela não é por isso impenetrável; é impenetrável sim, mas apenas contra a vontade do titular do direito. Desta forma, não obsta a que o arguido confesse factos pertencentes a essa mesma esfera de intimidade e que o juiz o valore. Assim, ao nível da primeira esfera, a proibição radical, não é uma proibição de valores mas um prius em relação a este momento: é uma questão de proibição de interferência que nestes casos terá como consequência uma proibição de valoração* (Meireis, 1999: 226).

No âmbito deste princípio é importante referenciar uma situação, que mereceu atenção de Jorge Miranda ao art. 26º da CRP: *a obtenção de provas para prossecução da justiça penal através de processo judicial encontra limites constitucionais expressos na vida privada, não sendo permitidas buscas ao domicílio ou ingerências na correspondência, nas telecomunicações e demais meios de comunicação que se traduzam numa abusiva intromissão na vida privada (artigo 32º, nº8). A questão com maior relevo prático é talvez a dos pressupostos e limites das escutas telefónicas. Mas outras questões se colocam. Num caso recente, discutiu-se a admissibilidade de valoração em processo penal de um diário pessoal: apesar de estar em causa a investigação de um crime de abuso sexual de menores, o Tribunal Constitucional considerou que não era admissível a*

valoração probatória do diário pessoal, pois se estava no âmbito do conteúdo essencial da intimidade da vida privada (Acórdão nº607/03) (Miranda/Medeiros, 2005: 291).

O conteúdo essencial do direito ao silêncio é a proteção à integridade física e mental (art. 34º da CRP e art. 8º da CEDH) da pessoa humana de forma a que toda a limitação imposta por lei, que não comporte a sua violação, é legítima. Esta conceção foi acolhida pelo Código de Processo Penal.

O direito ao silêncio enfatiza a consciência de que apesar do interrogatório ser obrigatório, ele deverá ser realizado com a observância dos princípios constitucionais garantidores da intimidade e da liberdade do acusado.

7. Princípio da Presunção de Inocência

Uma das primeiras manifestações do princípio da presunção de inocência foi defendida em 1764 por Beccaria quando disse que *um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe proteção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção foi lhe concedida* (Beccaria, 1998: 92). Nesta época era indispensável aplicar a tortura para obter uma confissão, e conseqüentemente a verdade.

O princípio da presunção de inocência foi acolhido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, no seu art. 9º, nº2 com a seguinte redação: *sendo todo o homem presumido inocente até ser declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, deve ser severamente punido pela lei todo o excesso de rigor desnecessário para dispor da sua pessoa* (Carulli *apud* Ristori, 2007: 70).

Noutros textos internacionais se encontra o princípio em análise, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1950. Na CEDH, verificamos consagração no art.6º, nº2 *Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*, e no art. 48º, nº1 da CDFUE *todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa*. Também foi acolhido este princípio no PIDCP, em 1976. Esta é uma forma de impedir que sejam condenadas pessoas inocentes e uma regra que faz delimitar o tratamento ao longo da persecução penal do arguido, uma vez que os seus direitos devem ser respeitados.

A nossa atual Constituição consagra expressamente o princípio da presunção de inocência no seu art. 32º, nº1²⁷, porque apesar de inerente ao processo penal vigente no sistema jurídico do país, não era validado antes de 1976.

A presunção de inocência para Figueiredo Dias é elevada à categoria dos princípios fundamentais do processo penal em qualquer estado de direito.

Os arguidos devem ser tratados como inocentes até que o Estado, através das autoridades responsáveis pela ação penal, reúna elementos de prova suficientes para convencer um tribunal, independente e imparcial da sua culpabilidade. A presunção de inocência exige que o tribunal não parta de uma ideia pré-concebida de que o arguido cometeu a infração que lhe é imputada. O arguido não pode ser culpado, sem que antes seja provada a sua culpabilidade. O arguido terá sempre o direito de se recusar a responder a quaisquer perguntas, de forma a não contribuir para a sua incriminação.

A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico, mas antes, um estatuto jurídico político, um princípio fundamental da Constituição política do Estado (Beleza/Costa, 2001: 101).

O princípio da presunção de inocência, segundo Fernanda Palma é *uma regra do jogo de intervenientes em igualdade de circunstâncias a merecer aprofundamento*, e desta forma, *implica que quem acuse demonstre globalmente que tem razão, segundo métodos e critérios aceites por todos, incluindo o próprio acusado* (Palma, 1994: 103).

Este princípio é visto como uma regra probatória, *a presunção de inocência é muito mais que uma simples regra probatória que determina que a prova da culpabilidade deva ser feita pela acusação. Antes possui ainda, e também, uma profunda ligação com a liberdade individual do arguido, o que se começa a revelar desde o momento em que se inicia o processo até ao momento em que é proferida a decisão final irrecorrível* (Vilela, 2000: 87).

No processo, o arguido merece sempre a primeira condição, a de inocente, tendo o direito de não produzir prova contra si mesmo. O mais importante do princípio da presunção de inocência, será em primeiro lugar que a acusação demonstre a culpabilidade

²⁷ *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.*

do arguido, para tal situação é exigida a colaboração do arguido, para a descoberta da verdade. Ao acusado não se pode exigir que participe na produção de prova *A estrutura acusatória do processo penal, consagrada no art. 32º, nº5 da Constituição, delimita o princípio da presunção de inocência não só como uma atribuição do “ónus da prova” ao tribunal, mas também como o direito do arguido a ser sujeito do processo e, por conseguinte, não ter de participar coactivamente na produção de prova* (PALMA, XV, nº 60, 1994: 109).

O princípio da presunção de inocência apresenta-se como uma das garantias constitucionais do processo penal, consagrado no art. 32º, nº2 da CRP. Embora recaiam sobre o arguido suspeitas da prática do crime, ele será tratado como inocente até que seja proferida uma condenação definitiva, não podendo ser diminuído social, moral e fisicamente em confronto com outros cidadãos (Vilela, 2000: 87). O arguido nunca poderá ser prejudicado pelo silêncio que eventualmente se reserve.

O arguido goza sempre do direito ao silêncio em qualquer fase do processo. A culpabilidade não pode ser retirada do seu silêncio, pois a norma perderia então o seu efeito útil. Assim, o arguido é que decide que posição tomar no processo, nos termos do art. 61º, nº1, al.c) do CPP.

Mesmo quando o arguido presta declarações, existem regras a observar, nos termos do art. 140º, do CPP. Aqui se destaca, o fato de ele ter de se encontrar livre na sua pessoa e ainda o fato de não prestar juramento de forma alguma. Em sede de juramento, consagra-se também o direito ao silêncio, nos termos do art. 343º, nº1, na parte final.

O princípio da presunção de inocência assume uma grande relevância no processo penal, uma vez que diz respeito a momentos decisivos, estando em causa o estatuto do arguido. São momentos em que mais do que em qualquer outros do processo penal se coloca a questão do equilíbrio das finalidades do processo penal.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, *não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do arguido* (Canotilho/Moreira, 1993: 203).

A presunção de inocência, é um princípio que impõe que a negação e a suspensão de direitos do arguido sejam o mais limitadas possível de forma a assegurar que, uma vez que a decisão é alcançada no sentido da inocência do arguido, que a suspensão e até a negação que o arguido tem de suportar ao longo do processo se possam considerar toleráveis, assente na dignidade da pessoa humana, tendo como base, a liberdade e a democracia.

O Tribunal Constitucional no acórdão 695/95 considerou ter existido violação da presunção de inocência fixado no art. 32º, nº2 da CRP, embora não demonstrasse ter como objetivo assegurar o direito ao silêncio neste preceito. A presunção de inocência e o direito ao silêncio estão relacionados, uma vez que apesar de apresentarem conteúdo distinto, são tutelados constitucionalmente com o mesmo objetivo.

8. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório significa que o juiz tem o dever de ouvir as partes, nomeadamente a acusação (Ministério Público, assistente e seu representante), e a defesa (arguido e o seu defensor), para poder aplicar a lei. O juiz tem que dar às partes a possibilidade de apresentarem a sua defesa e as suas provas, para que o seu conhecimento tenha um alcance sobre a verdade.

O princípio do contraditório é um dos princípios estruturantes do processo criminal baseado no modelo acusatório. O titular de uma ação penal, perante a prática de um delito, tem o direito de iniciar um pedido contra o autor do delito, onde este, terá o direito a defender-se, contradizendo as provas contra ele apresentadas.

A contrariedade possibilita a efectiva realização da dialéctica dentro de um processo. O juiz como imparcial que é, deve proporcionar ao Ministério público e à defesa idênticas possibilidades para que façam valer as suas razões no processo, promovendo o contraditório. Há uma relação, pois, do contraditório com a igualdade de armas (Ristori, 2007: 65).

No Processo Penal, principalmente durante a audiência de julgamento e nos atos instrutórios que a lei determina, o princípio do contraditório é assegurado pela CRP, uma vez que, só as provas produzidas sob esta consideração do contraditório na audiência de julgamento, poderão servir de sustentação para uma eventual condenação (Ristori, 2007: 66).

Como mencionado no art. 32º. nº 5 da CRP, o tribunal deve ouvir acusação, a defesa e produzir as provas requeridas antes de tomar decisões. *Qualquer sujeito ou participante processual deve ser ouvido sobre as questões em que for interessado ou que o afectem e, designadamente, sobre a produção dos meios de prova (Albuquerque, 2008: 46-47).*

Henrique Eiras considera que o princípio do contraditório não se realiza em todas as fases do processo penal. Segundo o autor, numa fase inicial não funciona, ou seja, na investigação dirigida oficialmente pelo Ministério Público. Por um lado porque o interesse público da repressão da criminalidade assim o exige, por outro para evitar que o bom nome

e reputação do arguido sejam postos em causa com a divulgação de factos de que é apenas suspeito, sem prévia recolha de indícios (Eiras, 2008: 59).

Por seu turno, no sentido oposto, Paula Carvalho, pensa que o princípio do contraditório tem manifestação na fase de inquérito. Reforça a faculdade que o arguido e o assistente têm de oferecer provas e requerer as diligências que lhes afigurem necessárias, conforme dispõem os arts. 61º, nº1, al.g) e 69º, nº2, al.a) do CPP. O arguido tem também o direito de estar presente nos atos processuais que diretamente lhe dizem respeito e de ser ouvido pelo juiz de instrução sempre que este deva qualquer decisão que pessoalmente o afete, como se consagra no art. 61º, nº1, als. a) e b) do CPP (Carvalho, 2008: 18). Para Figueido Dias *o princípio deve respeitar todo o decurso do processo, impedindo que nele se tome qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico de uma pessoa sem que esta tenha oportunidade de se fazer previamente ouvir* (Dias, 1974: 151).

Os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal, conforme o art. 32º, nº5 da CRP e o art. 327º, nº2 do CPP. O juiz deve de ouvir todos os participantes processuais antes de tomar qualquer decisão que os afecte²⁸, tem que

²⁸ Neste sentido, o Ac. Do STJ, de 16-01-2008 refere que *O princípio do contraditório, colocado como integrante e central dos direitos do acusado (apreciação contraditória de uma acusação dirigida contra um indivíduo), tem sido interpretado como uma exigência de equidade, no sentido em que ao acusado deve ser proporcionada a oportunidade de expor a sua posição e de apresentar e produzir as provas em condições que lhe não coloquem dificuldades ou desvantagens em relação à acusação. Considera-se ainda que: o princípio tem, assim, uma vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspectiva processual, significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afecte o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano da igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que os outros sujeitos processuais (a “parte adversa”).*

O princípio do contraditório, com tradução constitucional no art. 32º, nº5 da CRP, apresenta-se como princípio da audiência, sob o enfoque de que deve ser dada, no processo, oportunidade a todo o participante processual de nele influir, pela sua audição; Enquanto integrante da estrutura do direito a um processo justo e equitativo, apresenta-se como instrumento fundamental de realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas, no sentido de, para aquela se mostrar exercitada, ao sujeito processual

se ter sempre em conta tanto as razões da acusação como as da defesa e conforme o art. 327º do CPP²⁹.

Os princípios do Estado de Direito são indispensáveis para a aplicação da lei penal. O objectivo do estado de direito social reside na criação e manutenção, pela comunidade de uma situação jurídica permissiva da realização livre da personalidade ética de cada membro.

No princípio do contraditório iremos sempre nos deparar com uma contradição entre a acusação e a defesa. Já o princípio da igualdade de armas tem a ver com as posições e actuações processuais da acusação e da defesa. No entanto, como a acusação e a defesa são categorias resistentes, não se pode esperar que se façam valer das mesmas armas, pelo contrário.

Recai desta forma sobre o juiz a obrigação de ouvir as partes, de modo a que possa aplicar a lei, de acordo com o seu convencimento acerca da veracidade dos fatos. Sendo

assistir o direito de pronúncia e de, ante as provas em julgamento, delas tomar conhecimento, poder contrariá-las e produzi-las nas mesmas exactas condições que a parte contrária; A presunção de inocência implica o direito ao silêncio. O acusado nada deve provar. Pode acantonar-se num papel de contestação puramente passiva, devendo, no entanto, dispor da faculdade de fornecer contraprovas; Do princípio da presunção de inocência resulta que o acusado se presume inocente até prova em contrário, mostrando-se intimamente ligado aos princípios do in dubio pró reo e da nulla poena sine culpa, este último segundo o qual o juiz não pode pronunciar sentença condenatória sem estar convencido da culpa do agente. A CEDH, ao abordar o princípio, preocupa-se em que os juízes não profiram uma condenação senão com base em provas directas ou indirectas, mas suficientemente fortes aos olhos da lei para estabelecer a culpabilidade do interessado; não respeita nem à natureza nem ao quantum da pena; O contributo da linguagem falada para a formação da convicção é, muito mais do que se pensa, assaz limitado, maior preponderância se atribuindo às manifestações exteriores do declarante, aos seus gestos, emoções, reacções, movimentos, tom de voz, etc., pelo que o aproveitamento de um gesto, com um significado culpabilizante, a partir de quem guarda silêncio, importará violação daquele direito; Caso o arguido se disponha a prestar declarações, o seu interrogatório visa esclarecer a verdade (art. 343º, nº1 do CPP) e, sendo esse o objectivo, não se pode excluir a possibilidade de o tribunal apreciar livremente as suas declarações de acordo com as regras da experiência e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica. Se diversamente, o arguido se relegar a uma postura silenciosa, essas manifestações não podem ser valoradas.

²⁹ No CPP ainda se encontra manifestações deste princípio na fase de julgamento, nos artigos 315º; 321º, nº3; 322º, nº2; 323º, al.f); 348º; 358º, nº1; 359º, nº4; 360º e 361º.

certo que, a garantia do contraditório não pertence somente às partes, atinge também a atividade jurisdicional, uma vez que contribui para a regularidade do processo, para a imparcialidade do juiz e, para o mais importante, a justiça das decisões.

Muitas normas de processo penal situam-se em algum ponto de equilíbrio, por vezes difícil e sempre delicado, entre a necessidade de investigação e repressão de factos geradores de responsabilidade criminal e a exigência de respeitar os direitos das pessoas (Beleza, 1992: 137).

O Estado assegura o direito à tutela jurisdicional³⁰ a todos, ao prescrever que *A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*, como assegura a Constituição no seu art. 20º, nº1. Em diplomas internacionais também é assegurado este direito, nomeadamente na DUDH, no art. 10º, no art. 6º, nº1 da CEDH e ainda no art. 14º, nº1 do PIDCP.

Assim sendo, face à prática de um delito a ser apurado num processo penal, observando as normas do devido processo penal, o titular da ação penal, o MP, tem o direito de ingressar com um pedido contra o autor do delito, que terá o direito também de se defender, contradizendo as provas contra ele apresentadas.

Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que o âmbito normativo-constitucional do princípio do contraditório não é propriamente pacífico, dizendo ainda que, *o arguido tem direito de intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo*,

³⁰ Na opinião de Jorge Miranda, *o princípio da tutela jurisdicional envolve: o princípio do contraditório, o princípio do juiz natural ou legal; o princípio da independência dos tribunais e dos juízes, o princípio da fundamentação das decisões que não sejam mero expediente; a obrigatoriedade e a excoutoriedade das decisões e a sua prevalência sobre quaisquer outras autoridades; o respeito pelo caso julgado e, ainda, a adequada proteção do segredo de justiça e a publicidade das audiências dos tribunais. Acrescenta ainda que são verdadeiros direitos, liberdades e garantias: o direito de acesso ao tribunal para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, ou seja, o direito de ação; o direito ao juiz natural; o direito ao patrocínio judiciário; o direito a um processo equitativo; o direito a uma decisão em prazo razoável; o direito à execução de sentença; e, como direito social, o direito que a justiça não seja denegada por insuficiência de meios económicos* (Miranda, 2000: 259-260).

o que o impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo (Canotilho/Moreira, 1993: 206).

Várias são as garantias que compõe o nosso Processo Penal, que asseguram a sua regularidade, destacando o direito ao silêncio, em conformidade com os direitos fundamentais do homem.

9. Princípio do *in dubio pro reo*

O princípio *in dubio pro reo* é uma decorrência da presunção constitucional de inocência, previsto no art. 32º, nº2, 1º parte, da CRP. Significa que o tribunal depois de ter produzido todos os meios de prova, ficar com uma dúvida, dúvida esta que seja razoável, não pode dar como provado os fatos constantes da acusação, devendo absolver o arguido por falta de provas. Este princípio não nos vem esclarecer acerca de quem deve provar o que no processo penal, mas acerca do modo como o julgador penal deve valorar a prova feita e decidir com base nela.

O princípio do *in dubio pro reo* decorre do princípio da culpa e, em última instância do princípio do Estado de Direito (art.2º da CRP).

Não é exigido que entre o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência do arguido exista uma ligação, mas na verdade, o princípio *in dubio pro reo* pode ser visto como um corolário do mais vasto princípio da presunção de inocência do arguido, sendo, afinal, o reverso processual do princípio penal da culpa. O princípio do *in dubio pro reo* só intervem depois da valoração da prova, e quando esta não é conclusiva. Para Paulo Pinto de Albuquerque, *o princípio do in dubio pro reo não é, pois, um princípio de direito probatório, mas antes uma regra de decisão na falta de uma convicção para além da dúvida razoável sobre os factos* (Albuquerque, 2008: 52).

Na opinião de Tereza Beleza e Frederico da Costa Pinto, este princípio não diz respeito a uma regra de valoração da prova, mas a um critério de valoração da dúvida sobre a prova. Ou seja, a prova não tem de ser valorada de forma a que seja favorável para o arguido, apenas a dúvida sobre a prova o pode favorecer (Beleza/Pinto, 2001: 102). Para Claus Roxin, este princípio é um corolário do princípio da culpa, ou seja, só pode haver condenação com prova de culpa (Claus Roxin *apud* Beleza/Pinto, 2001: 102).

Segundo Figueiredo Dias este princípio só vale *em relação à prova da questão de facto e já não a qualquer dúvida suscitada dentro da questão de direito, aqui a única*

solução correcta residirá em escolher não o entendimento mais favorável ao arguido, mas sim aquele que juridicamente se reputar mais exacto (Dias, 1988-89: 148). Na sua opinião, quando a dúvida é sobre os fatos aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*, na medida em que a dúvida razoável existente não pode prejudicar o arguido porque ele tem a seu favor a presunção de inocência. Se existe dúvidas em relação a questões de direito, já não se aplica este princípio, o tribunal escolherá a interpretação jurídica que considera mais correta.

O estatuto do arguido assume particular significado, principalmente quando se trata de considerar o arguido como um meio de prova em processo penal.

10. Princípio da investigação ou da verdade material

No processo penal não há um verdadeiro ónus da prova, estando este, em última instância a cargo do juiz. No art. 340º do CPP verifica-se que é imposto numa última análise o ónus de investigar e esclarecer officiosamente, independentemente de haver contribuição ou não das partes ao próprio tribunal. O TC³¹, já se pronunciou acerca deste princípio, dizendo que: *Há que partir da constatação (...) de que o art.340º, nº1 do Código de Processo Penal é o lugar de afirmação paradigmática do princípio da investigação ou da verdade material. Este princípio significa (...) que o tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar por si o facto, isto é, de fazer a sua própria “instrução” sobre o facto, em audiência, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar em absoluto vinculado pelos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material. Ora não há qualquer dúvida de que o princípio da investigação ou da verdade material, sem prejuízo da estrutura acusatória do processo penal português, tem valor constitucional. Quer os fins do direito penal, quer os do processo penal, que são instrumentais daqueles, implicam que as sanções penais, as penas e as medidas de segurança, apenas sejam aplicadas aos verdadeiros agentes de crimes, pelo que a prossecução desses, isto é, a realização do*

³¹ Ac.137/2002.

direito penal e a própria existência do processo penal só são constitucionalmente legítimas se aquele princípio for respeitado.

O código de Processo Penal não admite, com exceção dos direitos de defesa do arguido e dos preceitos sobre a admissibilidade das provas, qualquer restrição ao poder-dever do juiz de ordenar a produção de prova que considera indispensável para a boa decisão da causa, ou seja, para a descoberta da verdade material. Verifica-se uma harmonia com o princípio da investigação ou da verdade material, o princípio do contraditório e as garantias de defesa, de tal forma que nenhum princípio sofre restrição.

Desta forma, o juiz deve carrear para o processo todos os elementos de prova necessários ao esclarecimento do objeto do processo. Estando o juiz vinculado pela acusação ou pronúncia, o certo é que não impende sobre o MP, o arguido, o assistente, as partes civis qualquer ónus de afirmar, contradizer ou até mesmo impugnar aquelas peças processuais, o que se entende que no processo se busca oficiosamente a verdade, em duplo sentido: a verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; e a verdade que não sendo absoluta, há-de ser uma verdade judicial prática, não a verdade obtida a todo custo, mas a processualmente válida (Dias, 1974: 194). Podemos afirmar que o princípio da investigação funciona de certo modo como caráter subsidiário. Por exemplo: o interrogatório das testemunhas é feito por quem as apresentou seguido de contra interrogatório pela “parte” contrária, podendo ser inquiridas pelo juiz (subsidiariamente), se entender que precisa de esclarecimentos de acordo com o art. 348º, nº4 e 5 do CPP. Figueiredo Dias entende que a legalidade dos meios de prova, assim como todas as regras da produção de prova e ainda as chamadas proibições de prova são condições de validade processual, e por isso mesmo, critérios da própria verdade material (Dias, 1974: 197).

Este princípio relaciona-se com o direito ao silêncio, uma vez que o arguido beneficia sempre da oportunidade de se manter em silêncio, não tendo que colaborar em absoluto na investigação que o pode incriminar. O seu silêncio não pode ser usado/valorado contra si. A sua colaboração voluntária na descoberta da verdade adquire relevância como circunstâncias atenuantes, à luz dos dos princípio da culpabilidade e das exigências da prevenção geral e especial (art. 71º do CP) (Beleza/Pinto, 2001: 104).

11. Princípio da livre apreciação da prova

Salvo os casos expressamente previstos na lei³², a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, de acordo com o art. 127º do CPP. A valoração da prova não se pauta por critérios legais, o juiz valorará as provas de acordo com a sua convicção pessoal. Este princípio concretiza os princípios constitucionais do Estado de Direito, da separação e da interdependência dos poderes e da interdependência dos tribunais consagrados nos arts. 2º e 203º da CRP. A liberdade que é concedida ao julgador não visa criar um poder arbitrário e incontrolável. O julgador tem de orientar a produção de prova para a busca da verdade material e, ao decidir, deve fundamentar as suas decisões, em respeito aos arts. 97º, nº5 e 410º, do CPP e o art. 205º, nº1 da CRP.

A expressão livre apreciação da prova é uma antítese da ideia liminar e intuitiva que se tem quando se refere a convicção. A liberdade de apreciação da prova não se pode distanciar das meras conjeturas e das impressões não objetiváveis, daí que a experiência, os conhecimentos técnicos delimitam a liberdade valorativa da prova penal. O modo de se garantir o respeito pelos limites que são impostos ao julgador é a exigência de uma motivação clara, objetiva e comunicacional. A exigência de motivação clara acaba por apresentar duas funções: por uma lado permite ao julgador um auto-controle do acerto dos seus próprios juízes, por outro lado permite que a comunidade detenha conhecimento dos critérios seguidos pelo julgador, podendo aferir a sua razoabilidade e aceitabilidade. Podemos concluir que o princípio da livre apreciação da prova sofre limites.

Deste princípio se retira a ligação que existe entre a livre apreciação da prova e o dever de fundamentação das decisões penais. *Um bem estruturado e bem delimitado dever de fundamentação das decisões penais é o único mecanismo que garante a constitucionalidade do princípio da livre apreciação da prova* (Palma, 2002: 255).

³² Como acontece nos arts. 129º (depoimento indireto), 163º, nº1 (valor da prova pericial) e 169º (valor probatório dos documentos autênticos e autenticados), ambos do CPP. Também é importante salientar a situação da confissão dos fatos pelo arguido, na medida em que, para os casos expressamente previstos na lei pode não haver lugar a produção de prova, como acontece no art. 344º, nº2 do CPP.

A apreciação da prova deve se reconduzir a critérios objetivos, controláveis pela motivação. No entanto, verifica-se sempre uma convicção pessoal, pelo fato de ser objetivada e comunicada em termos de racionalidade. Segundo Figueiredo Dias a convicção do julgador não pode deixar de ser *uma convicção objectivável, motivável, portanto capaz de impor-se aos outros* (Dias, 1974: 205).

A CRP e a lei estabelecem limites endógenos e exógenos ao poder da livre apreciação da prova pelo julgador. Tal como é do entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque esses limites dizem respeito: ao grau de convicção requerido para a decisão, à proibição de meios de prova, à observância do princípio da presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*. Os três primeiros limites são endógenos ao exercício de apreciação da prova, uma vez que condicionam o próprio processo de formação de convicção e de descoberta de verdade material. O último, ou seja o princípio do *in dubio pro reo*, é um limite exógeno, no sentido de que condiciona o resultado da apreciação da prova (Albuquerque, 2008: 329-330). Desta forma, relativamente à prova testemunhal (arts. 128º e ss do CPP) não à qualquer limitação ao princípio da livre apreciação da prova, com a exceção feita ao testemunho do ouvir dizer (art. 129º do CPP), podendo mesmo dizer-se que é este o seu campo de eleição. As declarações do arguido quanto a fatos que lhe são imputados, teremos de distinguir, consoante ele confesse os fatos, os negue ou então se remeta ao silêncio. Se o arguido nega os fatos de que é acusado, estes ficam submetidos à livre apreciação e convicção do julgador. Quando se trata de uma confissão, este princípio só opera quando o crime em causa for punível com pena de prisão superior a três anos (art. 344º, nº3, al.c) e nº4 do CPP). A confissão de crimes puníveis com pena de prisão até três anos correspondem aos efeitos previstos no art. 344º, nº2 do CPP, que concretizam desta forma, uma limitação ao princípio da livre apreciação da prova (Dias, 1988-89: 142).

O princípio da livre apreciação da prova também está limitado ao juízo técnico, científico ou artístico uma vez que (...) *se presume subtraído à livre apreciação do julgador* (Dias, 1988-89: 142). Significando que o julgador só pode divergir do juízo contido no parecer do perito, se fundamentar devidamente a divergência (art. 163º, nº1 do CPP), se puder fazer uma apreciação também técnica, científica, ou se estiver em causa inequivocamente um erro (Dias, 1988-89: 142-143). Quanto aos factos constantes em documentos autênticos ou autenticados aplica-se o princípio da livre apreciação da prova (art. 169º do CPP), podendo o juiz considerar o documento falso, nos termos do art. 170º do CPP.

Na lei encontramos uma verdadeira limitação à livre apreciação e convicção, na medida em que o direito ao silêncio do arguido nunca pode ser prejudicado (arts. 61º, nº1, al.d), 343º, nº1 e 345º do CPP).

12. Conceito de Direito ao Silêncio

A etimologia da palavra silêncio é dupla: deriva do vocábulo latino *silentium*, que significa interrupção de ruído, a abstenção do ato de falar, derivando também do preceito latino *sileo, es, ere, ni*, exprimindo a situação daquele que não revela o seu pensamento (Ristori, 2007: 96). *O silêncio não poderia existir num mundo sem linguagem, pois é a linguagem que faz as coisas advirem axiologicamente, é na linguagem que o ser habita* (Cunha, 2005: 14).

Existem diversos axiomas latinos utilizados para reconhecer o direito de não auto-incriminação, nomeadamente: *nemo tenetur se detegere, nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur se ipsum accusare*.

A lei do silêncio é um constante exercício de pensamento. Calar não significa somente nada dizer, mas também em deixar de fazer qualquer reflexão dentro de si, quando se escuta alguém falar. Tal como afirma Adriana Ristori *O silêncio do interrogado perante o seu interlocutor deve estabelecer ausência da manifestação psicológica de qualquer ordem* (Ristori, 2007: 96).

O princípio da não auto-incriminação tem sido previsto nos mais diversos diplomas internacionais, entre os quais destacamos o PIDCP, de 16 de Dezembro de 1966, no seu art.14º, nº3, al.g)³³. Este princípio foi considerado como garantia mínima dos imputados.

Apesar de não estar previsto expressamente tanto na carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos, de 27 de Julho de 1991, como no projeto da Carta dos Direitos Humanos e dos Povos para o Mundo Árabe, de Julho de 1971, estes diplomas indicam o direito de defesa como garantia perante os Tribunais, o que se torna no nosso ponto de vista suficiente para enquadrar o direito ao silêncio.

Apesar da DUDH, de 10 de Dezembro de 1948 e a CEDH, de 4 de Janeiro de 1950 não conterem expressamente o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, ambas

³³ *Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada.*

reconhecem o princípio da presunção de inocência. Este princípio apesar de não se encontrar plasmado na nossa Constituição, é do entendimento da doutrina e da jurisprudência portuguesa que este princípio é um princípio constitucional não escrito.

O princípio implica que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, mas também ninguém é obrigado a produzir prova ou praticar atos lesivos à sua própria defesa³⁴. Costa Andrade entende que (...) *o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação* (Andrade, 1992: 121).

Mas o direito ao silêncio levanta a questão de saber se o silêncio é de não falar oralmente ou o direito de não declarar. Se considerarmos que o direito ao silêncio constitui também o direito de não declarar, implica o direito de não declarar por sinais, filmes, escrita, gestos, uma vez que são atitudes que integram a defesa do arguido.

13. Natureza Jurídica do Direito ao Silêncio

O *ius tacere* é um direito constitucionalmente garantido, que protege qualquer cidadão que venha a ser acusado de um crime, assegurando que não seja obrigado a falar contra si mesmo. Trata-se de um direito fundamental que garante ao indivíduo a possibilidade de nada declarar contra si, ou seja, ninguém é obrigado a confessar o crime que tenha praticado (Ristori, 2007: 99). Assim, (...) *o que está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autoresponsabilidade* (Andrade, 1992: 125).

O *ius tacere* visa proteger o acusado da possibilidade de abusos por parte do Estado na busca da verdade material. Costa Andrade aponta como matriz jurídico- constitucional

³⁴ Costa Andrade levanta um problema relativamente às provas a serem produzidas utilizando o corpo do arguido, sendo ele forçado a uma ação ou compelido a tolerar a ação. *Todo o espectro de problemas a que a própria lei processual penal portuguesa está longe de assegurar resposta completa e expressa. E, que, nessa medida, obrigam também a doutrina e a práxis nacionais a progredir sem o arrimo do direito positivo. E sendo certo que o caminho terá de fazer-se sob a vigilância permanente de um dos mandamentos que presidem ao processo penal de um Estado de Direito: precisamente de que todo o atentado à liberdade dos cidadãos carece de expressa legitimação legal* (Andrade, 1992: 130).

do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como, a dignidade humana, a liberdade de ação e a presunção de inocência, referindo que é inquestionável a presença deste princípio no nosso ordenamento jurídico processual penal (Andrade, 1992: 125).

O direito que o arguido tem de não produzir prova contra si mesmo, é um dos princípios expressamente contemplados pela nossa Constituição. Aliás, o direito ao silêncio no plano material está consagrado no seio da proteção à privacidade ou intimidade.

Como um dos direitos que conformam a personalidade³⁵, tal direito encontra-se consagrado na CRP, no seu art. 26º, nº1, que reconhece a todos o direito à reserva da intimidade privada.

Cavaleiro Ferreira entende que *a declaração é um ato moral de personalidade, como tal pressupõe liberdade* (Ferreira, 1955: 319). Desta forma garante-se a liberdade de expressão, concluindo-se que o direito ao silêncio enquanto direito constitucional, é uma manifestação imediata da garantia de liberdade de expressão derivada da personalidade humana.

O direito à palavra, mencionado no art. 26º da CRP, como um dos atributos da personalidade, garante a todos a possibilidade de manifestação com liberdade³⁶ (Ristori, 2007: 100).

Devido à relação existente entre o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio, enquanto direito de defesa, podemos afirmar que o direito ao silêncio converge numa opção tática defensiva do arguido.

³⁵ É importante salientar que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os são. Os direitos de personalidade incluem os direitos do Estado (por exemplo, direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, direito à privacidade), os direitos distintos da personalidade (direito à identidade pessoal e muitos dos direitos de liberdade, como a liberdade de expressão) (Canotilho, 2003: 396).

³⁶ *Diferentemente do que antes sucedia, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é hoje reconhecido como um valor fundamental da ordenação jurídica. O direito da pessoa à sua própria palavra falada (...) pertence também ao conteúdo deste direito geral de personalidade* (Andrade, 1992: 141).

14. Fundamento jurídico do Direito ao Silêncio

A CRP consagra importantes princípios materialmente informadores do processo penal, que é de salientar: a garantia de audiência do arguido (art. 28º, nº1 da CRP), o princípio da notificação das decisões penais (arts. 27º, nº4 e 28º, nº3 da CRP), a proibição da dupla incriminação (art. 29º, nº5 da CRP), o princípio do contraditório (art. 32º, nº5 da CRP), o direito de escolher defensor e a assistência obrigatória deste em algumas fases do processo penal (art. 32º, nº3 da CRP) e o princípio da exceção da prisão preventiva.

A República Portuguesa está baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP) e este é o princípio que está na base e apoia todos os direitos fundamentais. O princípio da dignidade humana realça o conjunto de direitos que o estado tem que respeitar, pois são muitos anteriores ao próprio Estado (Ristori, 2007: 81). Como afirma Canotilho *A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado* (Canotilho, 2003: 407-408)³⁷.

A nossa Constituição ao ter como base fundamental a dignidade da pessoa humana, significa que primeiro está a pessoa humana e depois a organização política. A pessoa é encarada como sujeito e não como objeto, é o fim e não meio de relações jurídico-sociais. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana eleva-se contra o totalitarismo político, social e religioso. A dignidade da pessoa humana não é constitucionalmente apenas um princípio-limite, tem um valor próprio e uma dimensão normativa específica.

Como entende Jorge Miranda, (...) *de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros*

³⁷ *Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)* (Canotilho, 2003: 407-408).

direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas (Miranda, 1999: 473).

Os direitos fundamentais ou direitos do homem apresentam-se como sendo sinónimos. Os direitos do homem consagram a dimensão jusnaturalista universalista, são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Os direitos fundamentais já são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente³⁸ (Canotilho, 2003: 397).

O conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do estado e da sociedade. Nos direitos fundamentais não se assiste ao princípio da tipicidade (Canotilho, 2003: 379).

De entre as várias teorias existentes sobre a concepção dos direitos fundamentais, o Estado Português, acolhe a teoria de que os direitos fundamentais podem ser regulados e restringidos por meio de lei³⁹, sem que se verifique qualquer diminuição à sua extensão, até como do alcance do conteúdo essencial que demonstram os preceitos constitucionais (art. 18º, nº3 da CRP).

Apesar de fundamentais, não há direitos absolutos⁴⁰, no entanto, torna-se indispensável estabelecer regras que preservem o núcleo essencial, que em caso algum possam ser violadas. Desta forma, a CRP, no art. 18º, nº2 estabelece que as restrições devem limitar-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses

³⁸ Vieira de Andrade refere a dimensão tridimensional dos direitos fundamentais – dimensão jusnaturalista, dimensão universalista e a dimensão constitucional (Andrade, 2001: 3 e ss).

³⁹ *O princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapuçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os órgãos do estado só têm competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite (cfr. Art 111/2). No âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas directamente pela constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela constituição (cfr. Art. 18/2)* (Canotilho, 2003: 247).

⁴⁰ *Os direitos fundamentais não são absolutos, ilimitados. Pela necessidade de coexistência dos direitos entre si, em dado ordenamento jurídico, é praticamente inevitável o surgimento de restrições mas, em se tratando de direitos fundamentais, deverão ser sempre regulados por lei* (Queijo, 2003: 53).

constitucionalmente consagrados. Assim sendo, deve operar o princípio da proporcionalidade e o da ponderação de bens.

O processo criminal deve preservar todas as garantias de defesa, conforme consagrado no art. 32º, nº1 da CRP, reconhecendo ao arguido, assim como ao suspeito, a utilização dos meios de defesa que estiverem ao seu dispor. No entanto, este direito fundamental pode ser restringido por lei, desde que não afete o núcleo essencial, como por exemplo, a vedação do uso de provas proibidas (Ristori, 2007: 86).

O texto da Constituição Européia deixa clara a preocupação em assegurar a preservação dos direitos de defesa, ao dispor que todo o arguido os deve ter presentes.

O direito ao silêncio enquanto direito público subjetivo⁴¹ é também uma garantia, dado que (...) *as clássicas garantias são também direitos* (Canotilho, 2003: 396). Trata-se de uma garantia de liberdade, o arguido detém de uma liberdade de autodeterminação, podendo se remeter ao silêncio, ou então colaborar com o Estado.

Este direito insere-se no conteúdo constitucional da ampla defesa, consagrada no art. 32º, nº1 da CRP⁴².

⁴¹ *O reconhecimento de direitos públicos subjetivos, dotados de garantias eficazes, constitui uma das características basilares do Estado de Direito. A missão última de tais direitos subjetivos é o resguardo dos valores da pessoa humana* (Vargas apud Ristori, 2007: 87).

⁴² Esclarece Jorge Miranda que *Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial. Os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se* (Miranda, 2000: 95). Segundo Vieira de Andrade *Todas as regras e princípios que garantem a liberdade e a integridade dos indivíduos em matéria penal e de processo penal (...) devem ser considerados como “direitos-garantias”. São “garantias”, porque tem uma função instrumental, contendo normas de competência ou regras de acção estadual para protecção de outros direitos que constituem, para este efeito, posições primárias; estes outros direitos serão, em regra, os direitos-direitos, conceito normalmente utilizado quando se refere uma posição que tem como objecto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física, integridade, nome, imagem, palavra); ou os direitos-liberdades, que designam e definem espaços de decisão e de acção individual livres da interferência estadual* (Andrade, 2001: 117).

A dignidade da pessoa humana deve estar sempre presente, mesmo quando o Estado dotado do seu *ius puniendi*, faz uso do seu poder para traçar normas a fim de alcançar a autoria de um crime executado, tendo em vista restaurar a paz social. Isto não significa que todos os direitos sejam conexos ao conceito de dignidade⁴³, pois tal conduziria a qualificá-los como fundamentais.

Vittorio Grevi entende que o princípio *nemo tentur se ipsum accusare* se configura como direito fundamental do cidadão (Grevi *apud* Ristori, 2007: 90). Não se pode exigir ao arguido a sua colaboração com o Estado a fim de se assegurar a prossecução do processo penal. O Estado não pode impor ao arguido a sua colaboração, pois estaria a fazer do homem um objeto da ação estatal, o que está completamente vedado pelo princípio da dignidade humana.

Figueiredo Dias refere que O princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais – da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização pelo arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo. Preservar esta decisão é impedir que o núcleo essencial da personalidade do arguido seja ameaçado por uma coação dirigida á auto-incriminação.

Assim, podemos afirmar que, apesar de não ser possível chegar a um conceito unívoco da dignidade humana, é na dignidade humana que se encontra o fundamento para a garantia de defesa do arguido no processo penal e como consequência a garantia do direito ao silêncio.

⁴³ *Há um conjunto de direitos que, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homem. E, esses direitos (pelo menos, esses) devem ser considerados património espiritual comum da humanidade, e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem pretextos económicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial* (Andrade, 2001: 117).

O direito constitucional de defesa foi delimitado pela norma infraconstitucional⁴⁴ contida no CPP, nomeadamente o art. 343º, que reconhece ao arguido a possibilidade de se manter calado. No entanto não deve de ser uma norma aplicada restritivamente ao momento da audiência de julgamento pelo tribunal, uma vez que não acautelando o direito ao silêncio nas fases procedentes ao julgamento é retirar o sentido e alcance da garantia constitucionalmente assegurada (Ristori, 2007: 91). O processo penal português consagra um direito ao silêncio do arguido, permitindo-lhe que não responda a perguntas tendentes ao apuramento da sua culpabilidade em qualquer fase do processo (art. 61º, nº1, al.c) do CPP, incluindo a audiência de julgamento (art. 343º, nº1 do CPP), assegurando que não será prejudicado no exercício de tal direito.

O art. 32º, nº1 da CRP, não faz uma referência expressa as garantias de defesa que contempla. A expressão “todas”, não faz determinar de uma forma precisa quais os direitos subjetivos salvaguardados por esta disposição constitucional. É necessário fazer uma interpretação de forma a garantir a sua correta aplicação, principalmente quando à conflitos com outros direitos fundamentais.

Surge então a seguinte dúvida: o direito ao silêncio é um direito constitucional ou não?

A CRP não consagra de uma forma explícita o princípio da não auto-incriminação, tal como acontece com outros países, nomeadamente EUA, Brasil, Espanha. No entanto a doutrina e a jurisprudência tem perspectivado o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* como um princípio constitucional não escrito. Assiste-se a alguma discussão em torno das normas constitucionais que fundamentam este princípio.

Neste sentido, existem duas correntes que podemos apelidar de substantiva ou material e outra de processulista⁴⁵. A corrente substantiva encontra fundamento no

⁴⁴ O estado não deve de produzir leis que sejam infraconstitucionais e violem a dignidade humana, visto que os princípios se dirigem não só aos cidadãos mas também ao Estado. A dignidade humana é o princípio que fundamenta a República soberana Portuguesa e do qual derivam todos os demais direitos fundamentais. A CRP assegura expressamente a inviolabilidade da vida humana, contendo no art. 24º os direitos, liberdades e garantias pessoais e no art 1º a dignidade da pessoa humana.

⁴⁵ Utilizamos a designação usada por Figueiredo Dias e Costa Andrade (Dias/Pinto/Andrade, 2009: 40).

princípio da dignidade humana (art. 1º da CRP) ou ainda nos direitos à integridade pessoal (art. 25º da CRP) e ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º da CRP). A corrente processualista vê nas garantias processuais reservadas ao arguido a fonte jurídico-constitucional do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e dos seus corolários. Nesta corrente também se invoca o princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº2 da CRP), o princípio do processo equitativo (art. 20º, nº4 e 32º, nº8 da CRP).

Em Portugal a corrente que é acolhida é a processualista. Esta corrente não nega que com o direito ao silêncio se concretizem direitos fundamentais, como a dignidade humana. No entanto, não partem daí para considerar como direito fundamental directo, uma vez que a dignidade da pessoa humana é um conceito amplo que se estende a toda a matéria penal e processual penal num Estado de Direito. O entendimento maioritário em Portugal defende que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem um fundamento constitucional, mas de natureza processual.

A jurisprudência pronunciou-se neste sentido ao julgar no Ac. do TC nº 695/95, a inconstitucionalidade do anterior art. 342º, nº2 do CPP e, embora reconhecendo também aqui a violação do princípio *in dubio pro reo*, sunlinha que, (...) *a imposição ao arguido do dever de responder sobre os seus antecedentes criminais formulados no início da audiência de julgamento viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido*. Desta forma, para o TC o direito ao silêncio, seria então, um dos direitos processuais autónomos em que se manifestam as garantias constitucionais de defesa previstas no art. 32º, nº1 da CRP.

Apesar de defendermos a corrente processualista, divergimos na parte em que concebe o direito ao silêncio como uma sequela do estatuto do arguido enquanto sujeito processual. Segundo esta corrente, o princípio da dignidade humana, enquanto princípio extensível a todo o ordenamento jurídico, e pelo seu carácter abrangente e genérico, será, nesta compreensão, apenas fonte imediata do direito ao silêncio. O ideal e o mais acertivo seria adoptar uma posição mista, na medida em que a dignidade humana, no nosso entendimento, é o suporte constitucional do direito ao silêncio. Sendo a dignidade humana o princípio basilar e estruturante da CRP e de todo o nosso ordenamento jurídico, ela só pode ser interpretada como fonte do direito ao silêncio, no entanto, igualmente as garantias processuais reservadas ao arguido devem ser entendidas, como fonte jurídico-constitucional do silêncio. Aceitamos, como já referido anteriormente, a ligação do direito ao silêncio com o princípio da presunção de inocência (art.32º, nº2 da CRP) e com o direito a um processo equitativo (art. 20º, nº4 e 32º, nº8 da CRP), para além de assegurar “todas”

as garantias de defesa, não havendo assim uma enumeração taxativa, encontra o seu fundamento em princípios estruturantes do Estado de direito democrático, nomeadamente o princípio da dignidade humana (Canotilho/Moreira, 1993: 516).

A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais a ela inerentes não são formados por elementos estáticos, devendo desta forma, conformar a sua conceção recorrendo aos diplomas internacionais repetantes aos direitos do homem⁴⁶.

O PIDCP, de 16 de Dezembro de 1966, aprovado pela Assembleia Geral da ONU, no seu art. 14º, nº3, al.g) dispôs que *Durante todo o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito em plena igualdade às seguintes garantias mínimas: g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada*. Este diploma foi ratificado por Portugal, pela Lei n. 29/78, de 12 de Junho, estando inserido no ordenamento jurídico vigente, sendo perfeitamente invocável.

A CEDH não consagra explicitamente o direito ao silêncio, no entanto, no seu art. 6º⁴⁷, contempla a garantia de um julgamento justo, referindo o princípio da presunção de inocência, que, como já referido anteriormente estabelece uma relação com o direito ao silêncio.

⁴⁶ *Os direitos fundamentais internacionais serão os contidos nos pactos e convenções e ainda os que constem de regras de direito internacional geral ou comum. Relevam a este propósito aqueles que não existam, pelo menos formalmente, no catálogo interno, mas, mesmo quanto aos direitos “repetidos”, sempre poderão surgir formulações novas e mais claras, tal como lhes pode vir a ser dado, por via interpretativa, alcance mais vasto (Andrade, 2001: 85).*

⁴⁷ O art. 6º da CEDH apresenta como epígrafe “Direito a um processo equitativo”. Determina no nº1: *Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça, e no seu nº2 consagra que *Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.**

A doutrina partilha da opinião de que os tratados e convenções internacionais que regulam direitos fundamentais possuem hierarquia equivalente à das leis internas, ou seja, *que só são de aplicar internamente se e na medida em que forem conformes à Constituição* (Andrade, 2001: 39) e não a de normas constitucionais. Significa que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* se não como direito implícito contido na ampla defesa, pode ser minimamente invocado pelo PIDCP, na qualidade de lei interna, sendo aplicável a todas as fases do processo penal, e não apenas na audiência de julgamento, ou após a constituição como arguido (Ristori, 2007: 93).

Por seu turno, Vieira de Andrade entende que *Os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante do direito português, por constituírem princípios de direito internacional geral (art. 8º, nº1, da Constituição) e quando constem de convenções internacionais regularmente ratificadas e publicadas (art. 8º, nº2). E, em qualquer dos casos, são perfilhados pela ordem jurídica portuguesa com o carácter de direitos fundamentais (art. 16º, nº1)*. Ainda assim acrescenta daqui *se depreende directamente que é possível a existência de outros “direitos fundamentais” em leis ordinárias ou em normas internacionais* (Andrade, 2001: 37-38-71)⁴⁸.

Se fossemos defensores de outra teoria, estaríamos admitir uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Por um lado os que estão expressamente consagrados na “constituição material portuguesa” e os que são derivados dos tratados e convenções internacionais, os quais seriam considerados infraconstitucionais.

O art. 8º, nº2 da CRP regula a incorporação dos tratados e acordos, na ordem jurídica interna portuguesa, exigindo que as normas sejam ratificadas ou oficialmente publicadas, para entrarem em vigor (Ristori, 2007: 93). Salienta-se a factualidade de possível inconstitucionalidade das normas convencionais, uma vez que devem conformar-se com as normas constitucionais vigentes. Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem

⁴⁸ Redação dos artigos citados: *Art. 8º Direito Internacional – nº1 As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. nº2 As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. Art. 16º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais – nº1 Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.*

que a situação pode gerar duas hipóteses: *ou o estado se desvincula, podendo, da convenção internacional em causa, ou altera a Constituição no sentido conforme às obrigações internacionais* (Canotilho/Moreira, 1993: 86). A solução encontra-se no art. 278º, nº1, actuando o Estado preventivamente, não promovendo a ratificação de convenções internacionais inconstitucionais.

O art. 16º, nº1 da CRP contém uma “cláusula aberta”, onde permite que os direitos fundamentais consagrados em convenções internacionais, possam se integrar na ordem jurídica portuguesa com natureza constitucional e não apenas como lei ordinária. O legislador português pretendeu que as normas constantes de convenções e tratados internacionais que contenham direitos fundamentais, tivessem a mesma proteção e garantia que os previstos na Constituição.

O direito ao silêncio enquanto direito fundamental, proveniente de norma constitucional internacional, por ter natureza análoga recebe aplicação do art. 17º⁴⁹ da CRP e tem o mesmo regime dos direitos típicos. O direito ao silêncio enquanto direito fundamental, reconhecido pelo PIDCP e da articulação dos arts. 16º, nº1 e 32º, nº1 da CRP, goza do regime específico dos direitos e deveres fundamentais que se encontra inserido na parte I, título I, da Constituição e, por isso, tem aplicação direta, vincula todas as entidades públicas e privadas e somente por lei pode ser restringido e com carácter restritivo.

Partindo de uma interpretação sistemática e teleológica das normas da CRP, com realce dos direitos fundamentais, concluímos que o direito ao silêncio é uma garantia constitucionalmente assegurada, alicerçada no princípio da dignidade humana, pela “cláusula aberta” estipulada no art. 16º, nº1 da CRP, e por se encontrar inserida no direito à ampla defesa, previsto no art. 32º, nº1 da CRP.

⁴⁹ Art 17º da CRP – *O regime dos direitos liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no capítulo II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.*

15. Direito à não auto-incriminação

O direito ao silêncio é uma decorrência do direito à não auto-incriminação, daí ser importante analisá-lo.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* teve a sua origem no séc. XVII no Reino Unido como forma de se oporem às práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos, onde de forma reiterada inquiriam as pessoas sobre práticas religiosas ou crenças, sendo certo que se as suas declarações não correspondessem à verdade, eram punidos drasticamente.

Devido a vários protestos efetuados, em 1641 o Parlamento Inglês aboliu o uso do juramento *ex officio* pelos tribunais e estabeleceu o princípio contra a auto-incriminação.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* estabelece que ninguém poderá ser obrigado a contribuir para a sua culpabilidade. Para Figueiredo Dias e Costa Andrade este princípio apresenta dois vetores: o direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação (Dias/Andrade, 2009: 39). Uma boa compreensão do direito ao silêncio no processo penal exige, uma reflexão deste direito com o privilégio que cada indivíduo possui de não contribuir para a sua própria incriminação. Apesar de estarmos face a decorrências de considerações sobre os direitos fundamentais do arguido⁵⁰, também a liberdade de declaração é compreendida como a mais forte expressão do direito à não auto-incriminação. O arguido pode se negar a praticar atos que prejudiquem a sua defesa, tanto pelo direito de não prestar declarações como pela rejeição de proporcionar certo tipo de provas, uma vez que não impende sobre ele o dever de colaboração.

A consagração deste direito está relacionada com a necessidade de definir limites na procura da verdade, de forma a evitar os abusos que se praticaram no âmbito dos processos inquisitoriais.

O direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não são totalmente idênticos, no entanto, em certos momentos podem se confundir, uma vez que o direito a

⁵⁰ O significado de “arguido”, é aqui utilizado no âmbito geral, por um lado, porque existe sempre a possibilidade de o suspeito passar a ser arguido, e depois, porque abrange tanto o acusado como o pronunciado. Daqui resulta então que do arguido só interessa distinguir o condenado ou o absolvido (Dias, 1974: 426-427).

não cooperar pode abranger as situações de cooperação com caráter incriminatório, já o direito ao silêncio abrange apenas a liberdade de declaração do arguido, que pode ser realizada por meio de documento ou atuação. Se não existisse o direito ao silêncio o arguido seria sempre compelido a declarar e a cooperar sempre que os atos não abrangessem conteúdo incriminatório (Beleza/Pinto, 2010: 119).

Apesar de o direito à não auto-incriminação não estar consagrado expressamente na nossa Constituição, tanto a jurisprudência como a doutrina o consideram como um princípio constitucional não escrito.

Toda a contribuição do arguido, da qual possa resultar prejuízo para ele próprio, ou seja, contribua para a sua culpabilidade, tem que ser, como refere Costa Andrade, uma *afirmação livre e esclarecida de autoresponsabilidade* (Andrade, 1992: 121). A descoberta da verdade material, não pode ser alcançada a todo o custo, terá de respeitar a dignidade e as liberdades fundamentais do arguido, ou seja, deve a verdade ser processualmente válida.

Figueiredo Dias diz-nos que *todos os actos processuais deverão ser expressão da sua livre personalidade* (Dias, 1974: 430), ou seja, as medidas coativas e probatórias que recaiam sobre o arguido não podem ter como finalidade a obtenção de declarações incriminatórias ou qualquer outra forma de auto-incriminação.

O direito à não auto-incriminação constitui um dos fundamentos do direito do arguido a não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, o conhecido direito ao silêncio, que tem consagração no art. 61, nº1, al.c) do CPP. Das garantias de defesa legalmente estabelecidas, só merecem dignidade constitucional o princípio da presunção de inocência, o direito a um julgamento célere e o direito a escolher defensor.

Os direitos do arguido a não prestar declarações sobre os fatos de que é acusado e a não fornecer provas que o possam incriminar, segundo a doutrina tem entendido são uma dupla consequência do princípio da presunção de inocência.

O privilégio contra a auto-incriminação abrange em abstrato, o direito ao silêncio no seu âmbito de aplicação, uma vez que este privilégio abrange toda e qualquer colaboração na sua incriminação.

16. Âmbito do Direito ao Silêncio

O direito ao silêncio abarca: os fatos que são imputados ao arguido; as declarações que o arguido produzir sobre tais fatos, sendo certo que a entidade que realizar o interrogatório está obrigada a comunicar tais fatos (art. 61º, nº1, al.c); 141º, nº4 e 343º, nº1 ambos do CPP). O direito ao silêncio também abrange a efectivação de atos de escrita (autógrafos) destinados a reconhecer a letra do arguido, sendo equiparadas à prestação de declarações. O arguido terá de responder às perguntas sobre a sua identificação (art. 141º, nº3 e 342º, nº1 do CPP).

O direito ao silêncio aplica-se ao ato de interrogatório policial e nos tribunais. Ao arguido não é exigido que revele a sua defesa antes do julgamento, tendo o direito de não prestar depoimento.

Tal como refere Costa Andrade o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é uma *emanação normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade* (Andrade, 1992: 131). O direito ao silêncio deve ser amplamente garantido, pois, se uma pessoa é acusada de determinado delito, ela não é obrigada a produzir prova contra si mesma, não é obrigada a depor contra si mesma.

Apesar de o direito ao silêncio não configurar um direito a mentir, a mentira não será punida, uma vez que ao contrário das testemunhas, o arguido não tem o dever legal de responder verdadeiramente.

O exercício do direito ao silêncio pode surgir por iniciativa do arguido, ou pode ser uma estratégia de defesa aconselhada pelo defensor, como dispõe o art. 345º, nº 1 do CPP relativamente à fase de julgamento, mas extensível a qualquer fase do processo criminal.

O direito ao silêncio pode ser exercido de modo total ou parcial, como se verifica no art. 345º, nº1 do CPP.

O silêncio não pode ser valorado, logo também não pode demonstrar a culpabilidade, tendo em conta o princípio da presunção de inocência consagrada no art. 32º, nº1 da CRP.

Só é possível a leitura em audiência de declarações prestadas pelo arguido em fases anteriores do processo, quando tenham sido prestadas perante autoridade judiciária com

assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto no art. 141º, nº4, al.b) (art. 357º, nº1, al.b) do CPP).

O direito ao silêncio é enquadrável nos processos disciplinares e administrativos, porque apesar de o art. 32º, nº1 da CRP prescreva um princípio de ampla defesa que deve ser assegurado no processo criminal, esta garantia é, alargada a qualquer tipo de processo que possa comportar qualquer punição para uma pessoa⁵¹.

No inquérito policial existe uma grande probabilidade de a pessoa ver os seus direitos de defesa restringidos, seja pela fragilidade da situação em que se encontra, ou então, como acontece na maioria dos casos, não se encontra na presença de defensor, ou então pela proximidade com o acontecimento do evento delituoso no caso de uma prisão em flagrante delito. Assim sendo, a autoridade policial e judiciária tem o dever de respeitar o direito ao silêncio. No entanto, em relação ao interrogatório policial, existe quem entenda que não se devia observar o cumprimento do direito ao silêncio, relativamente aos suspeitos, entendendo que a observância do direito ao silêncio colocaria em causa o objetivo primordial do processo penal, que é a busca da verdade material, uma vez que assim impedir-se-ia de recolher dados importantes conducentes à infração penal.

Figueiredo Dias, como já for referido, entende que o que se deve busca é uma verdade processualmente válida. O Processo Penal rege-se pela busca da verdade material em cumprimento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

17. Dever de advertência sobre o direito ao silêncio

O dever de advertência do direito ao silêncio pertence não só às autoridades judiciárias, mas também aos órgãos de polícia criminal, perante os quais o arguido tenha que comparecer (cfr. Art 343º, nº1; 141º, nº4, al.a); 143º, nº2; 144º, nº4, al.a) do CPP). O arguido deve ser sempre informado dos seus direitos e o direito de se remeter ao silêncio. É indispensável que o indivíduo que está a ser ouvido como arguido tenha a noção do seu

⁵¹ *Num estado de Direito, as garantias primordiais de defesa devem ser estendidas aos ilícitos de mera ordenação social e às sanções disciplinares* (Miranda, 2000: 203-204).

estatuto, da sua posição jurídico-processual e que não está a ser ouvido como testemunha. A informação dos fatos que lhe são imputados e o esclarecimento dos direitos que possui, devem ser prestados de forma clara, directa e compreensível para o arguido.

Existe uma protecção á livre autodeterminação do arguido, podendo se remeter ao silêncio ou prestar declarações, sejam elas auto-incriminatórias ou não.

A advertência que a autoridade faz ao arguido no início do interrogatório, sobre o seu direito ao silêncio é obrigatória, uma vez que se trata de um direito de natureza constitucional. Desta forma, antes do interrogatório o arguido detido ou não, será advertido do seu direito de defesa de responder ou não a perguntas que lhe serão formuladas, uma vez que é livre para declarar ou não. O arguido poderá optar por uma defesa ativa ou passiva. Esta advertência terá que se verificar em todos os interrogatórios⁵², independentemente da fase processual em que se encontre, se isto não se verificasse, pôr-se-ia em causa os direitos do arguido, pois suponha-se que a garantia do silêncio já estava assegurada, uma vez que já fora feita a advertência no primeiro interrogatório.

A liberdade e autodeterminação do arguido⁵³ deve ser salvaguardada, o fato de ter prestado declarações num primeiro momento, por exemplo, não o impede de optar pelo silêncio em momento posterior, se entender conveniente.

A autoridade que comunica ao arguido do seu direito, não o deve intimidar, fazendo comentários de que se optar pela forma silente terá consequências desfavoráveis, influi-lo negativamente quanto à sua escolha entre responder e não responder às indagações que lhe são formuladas. A explicação deve ser sucinta, sem perder a inteligibilidade, não devendo existir qualquer comentário sobre a consequência jurídica proveniente da sua opção. É importante a presença do defensor, para assegurar que as declarações do arguido são livres. *A presença do defensor também não desobriga a autoridade interrogante de realizar a*

⁵² Também pensa assim Elizabeth Queijo, que afirma que (...) *deve-se salientar ainda que a advertência deverá ser formulada antes de todos os interrogatórios. Isto porque, não renovada a informação ao acusado quanto ao direito ao silêncio, poderia parecer-lhe não incidir esse direito naquele interrogatório específico, no qual não formulada a advertência. Desse modo, o acusado ficaria em situação de insegurança* (Queijo, 2003: 210).

⁵³ Como refere Costa Andrade *toda a colaboração activa do arguido para a descoberta da verdade há-de passar pela sua liberdade esclarecida* (Andrade, 1992: 87).

adequada advertência ao acusado quanto ao direito ao silêncio (Queijo, 2003: 208). Caso a autoridade interrogante não permita uma reunião do defensor com o arguido antes do interrogatório para debaterem as questões, há o perigo de as suas indagações parecerem insinuantes e coativas, ofendendo a liberdade e autodeterminação do arguido. Inevitavelmente produz-se assim, o risco de produção prova proibida.

A informação sobre o direito ao silêncio deve feita conforme estabelecem os arts. 141º, 342º e 343º do CPP, após interrogatório sobre a identificação, que valerá para o interrogatório de mérito. Normalmente, na prática assiste-se á comunicação do direito ao silêncio no conjunto com os diversos direitos e deveres prescritos no art. 61º do CPP, quando diz respeito ao primeiro interrogatório, ou antes ainda, quando se procede à constituição de arguido, e que não existe fórmula para a sua consecução, apesar de no art. 61º do CPP se exigir a entrega por escrito dos seus direitos e deveres, assegurando-se assim que o arguido teve conhecimento dos seus direitos e deveres.

A advertência ao arguido sobre o direito ao silêncio posterior à sua identificação, não garante a proteção do direito ao silêncio, uma vez que os dados relativos à sua identificação podem revelar-se como elementos auto-incriminatórios contra a sua vontade, condicionado pela advertência que a falta de informação ou a sua falsidade o fará incorrer em responsabilidade penal⁵⁴. Através deste meio consegue-se obter do arguido, sob coação, provas contra si mesmo, o que é proibido pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. A identificação pode integrar o interrogatório de mérito. Por exemplo, se o arguido revelar a sua profissão no interrogatório, e se estiver a ser acusado do crime de aproveitamento indevido de segredo em virtude de uma certa atividade profissional (art. 196º CP), estará a contribuir para a sua incriminação. Para garantirmos efetivamente o direito ao silêncio, advertência dele devia de ser antes do interrogatório de identificação. Não obstante a sustentação de que o direito ao silêncio não se encontra abrangido no interrogatório de

⁵⁴ Art. 141º, nº3 do CPP *O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, sendo-lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal. Do mesmo teor se apresenta o art. 342º do CPP.*

identificação, devido a conseguir elementos que são indispensáveis a formação da relação jurídica-processual-penal, esta fundamentação não parece a mais correta.

Evidencia-se que a informação ao arguido dos factos que lhe são imputados e o esclarecimento dos direitos que possui, devem ser prestados de forma direta, clara e compreensível para o arguido. Não é suficiente que a entidade interrogante apenas refira os arts, da CRP e do CPP, ou os apresente por escrito, sem antes fazer uma breve explicação ao arguido, de forma a que ele os entenda, utilizando uma linguagem mais corrente, não tão técnica, daí como já referido, a importância do defensor.

As testemunhas devem ser advertidas não só sobre as consequências do falso testemunho, tal como dispõe o art. 91º, nº3 do CPP, assim como também da possibilidade de não responder a perguntas que possam incriminá-las, conforme deveria resultar do art. 132º, nº2 do CPP.

Ainda em relação às testemunhas, o dever de advertência consta do art. 134º, nº2 do CPP, no caso em que o depoimento pode incriminar algum familiar ou afim, conforme consta no nº1 da mencionada norma. Interessante é que relativamente às perguntas auto-incriminadoras a que a testemunha se possa recusar a responder (art. 132º, nº2), essa advertência não está expressamente prevista. Esta situação não favorece o direito ao silêncio, levantando-se algumas reservas, porque coloca-se em causa o direito à não auto-incriminação.

No caso de incumprimento do dever de advertência, a doutrina diverge quanto à solução a adoptar. Em Portugal, a maioria da doutrina entende que o incumprimento do dever de advertência sobre o direito ao silêncio do arguido gera proibição de valoração da prova (Andrade, 1992: 88-90) (Silva, 2002: 143) (Dias, 1974: 446 e ss). Os autores que sustentam esta teoria entende que, ao perturbar, mediante tal omissão, a liberdade de decisão do arguido, está não só a violar o direito ao silêncio, mas também a dignidade pessoal, fundamento constitucional do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. A proibição de valoração da prova também é defendida em relação às testemunhas.

18. Titulares do direito ao silêncio

18.1 O arguido

O código de processo Penal atual, ao contrário do código de 1929⁵⁵, não define de forma explícita a figura do arguido. Nos arts. 57º, 58º e 59º do CPP é estabelecido o momento e o modo de obtenção do estatuto jurídico-processual do arguido. O estatuto de arguido é um conjunto de direitos e deveres complexo, que se encontram enumerados no art. 61º do CPP, embora não sendo uma enumeração taxativa.

A constituição de arguido é um ato formal, no qual é comunicado, verbalmente ou por escrito, que a partir daquele momento adquire a qualidade de arguido, uma vez que contra si está sendo deduzida uma acusação ou requerida instrução num processo.

Segundo Figueiredo Dias arguido é *o sujeito passivo do processo penal sobre quem recaia forte suspeita de ter perpetrado uma infracção, cuja existência esteja suficientemente comprovada* (Jorge de Figueiredo Dias *apud* Franco/Martins, 1998: 91).

Não é questionável que após a constituição do arguido é que podemos falar em sujeito processual passivo, sendo-lhe assegurado o exercício de direitos e deveres processuais, conforme dispõe o art. 60º do CPP. Assim sendo, o direito ao silêncio previsto no art. 61º, nº1, al.c) do CPP, surge no momento da sua constituição como arguido.

A fase de inquérito pode ocorrer contra um agente indeterminado ou contra um simples suspeito, pessoa sobre o qual recaem indícios de ter cometido um crime ou nele ter participado. Mas, segundo o art. 57º do CPP, é arguido aquele que contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal.

A lei processual penal distingue o arguido do suspeito, que ao contrário de mero participante processual à constituição de arguido é dado o reconhecimento do estatuto de sujeito processual, segundo os arts. 58º, nº2 e 3, 60º e 61º do CPP. O suspeito pode ser constituído arguido, a seu pedido, sempre que estiverem a ser efetuadas diligências que

⁵⁵ No código de 1929, no ser art. 251º era definido arguido da seguinte forma: *É arguido aquele sobre quem recai forte suspeita de ter perpetrado uma infracção, cuja existência esteja suficientemente provada.*

pessoalmente o afetem, como previsto no art. 59º, nº2. Tal como decorre do ar. 61º do CPP, o arguido possui uma série de direitos e deveres processuais. Não entanto, a questão que se coloca é a de saber se o suspeito é detentor desse mesmo direito ao silêncio alcançado pela figura do arguido⁵⁶.

Inicialmente responderíamos que não, dado ao fato de ele não ser sujeito processual e a autoridade interrogante não ter a obrigação de o advertir que se poderia remeter ao silêncio, logo no início da formulação das perguntas.

Compete à autoridade definir, em consonância com a lei, o momento em que irá comunicar ao suspeito a sua constituição como arguido. Porém, importa definir a posição jurídica daquela pessoa, no procedimento criminal. É importante ter presente esta decisão deve revestir-se de prudência, uma vez que, a qualidade de arguido, uma vez adquirida, é irreversível, mesmo que desapareçam os indícios probatórios que lhe eram imputados, para além de que, desta qualidade de arguido advém consequências socialmente negativas para ele, para além de lhe causar a restrição da liberdade.

Saliente-se que, a (...) *a constituição de arguido é um dever, verificados os respectivos pressupostos, para defesa do próprio arguido e é um direito deste para poder gozar dos direitos inerentes à qualidade de sujeito processual* (Silva, 2000: 301), tais como, ser interrogado por autoridade judicial, e não pela policial, e com assistência de defensor.

Se houve retardamento na constituição (gera irregularidade) e o suspeito for ouvido, sem as garantias de defesa que tem direito, a lei impõe a inadmissibilidade da prova, uma vez que lhe foi vedado o conhecimento da sua verdadeira posição processual, não podendo avaliar se devia calar-se ou responder (Ristori, 2007: 106).

Desta forma, o suspeito ouvido como testemunha, ao prestar declarações, estas podem ser valoradas, se não o prejudicarem. Se, ao invés, as declarações contiverem

⁵⁶ A opinião de Elizabeth Queijo é que *Todos aqueles que possam auto-incriminar-se por meio de declarações prestadas perante autoridade têm o direito de calar. Desse modo, não é somente o indiciado ou o acusado, em processo penal, que tem direito ao silêncio. Igualmente, o averiguado ou suspeito, contra o qual ainda não existem indícios convergentes de autoria de infração penal, faz jus ao direito ao silêncio* (Queijo, 2003: 197).

elementos, que de alguma forma o incriminem, essa prova não pode ser valorada, pois ninguém é obrigado a depor contra si próprio. Assim, o direito ao silêncio mesmo na fase pré-processual, ou seja, no inquérito policial, é garantido à pessoa que possa vir a ser acusado de um crime.

A dualidade que aqui se manifesta, é resultado do estatuto híbrido que o suspeito possui. Como esclarece Gil Santos, *o suspeito não pode ser ouvido como declarante, nem como testemunha, se o objetivo é comprovar os indícios de autoria ou participação no delito em apuração* (Gil Santos *apud* Ristori, 2007: 107).

De acordo com o previsto no art. 59º, nº2 do CPP, o suspeito tem a possibilidade de requerer a sua constituição como arguido. Este preceito permite que o suspeito que estiver a ser investigado, antecipe a sua defesa, pedindo a sua constituição como arguido, porque pode ser do seu interesse colaborar, assim como expor provas que excluam a sua responsabilidade criminal do crime que lhe é imputado. Assim, procura-se garantir o direito de defesa e o direito ao silêncio (...) *evitando que, de forma desleal e inadequada ao processo ... uma pessoa seja induzida a prestar declarações que depois serão usadas contra ela, sem que se aperceba desse facto no momento em que as presta* (Beleza/Pinto, 2001: 98). A questão que se coloca ao art. 59º, nº2 do CPP é se, a entidade interrogante pode ou não recusar o pedido da pessoa. Na lei não encontramos dados para essa apreciação e nem a entidade tem o poder de recusar a constituição de arguido, verificados os pressupostos para a sua constituição. A norma em apreço visa evitar que a entidade que realiza a inquirição retarde a constituição de arguido de forma a obter provas para a imputação do fato ao agente (Beleza/Pinto, 2001: 98).

O estatuto de suspeito merece cuidados, para que as suas declarações não caiam no âmbito das provas proibidas. É importante que de início lhe seja explicado os seus direitos, de modo a possibilitar-lhe a sua defesa, nomeadamente o direito ao silêncio. Este direito permite que o suspeito não se pronuncie sobre o que lhe for solicitado, uma vez que não é obrigado a contribuir para a sua incriminação, prejudicando a sua defesa.

18.2 As testemunhas

A testemunha constitui a ideia de estarmos face a um meio de prova, caracterizado pela idoneidade, para que através das suas declarações, produza para o juiz a imagem dos fatos históricos a demonstrar.

A palavra testemunha vem do latim *testis*, que indica o indivíduo que se coloca em face do objeto e conserva na memória a sua imagem.

Incorre sobre as testemunhas, que não possam recusar-se a depor ou a prestar declarações, os deveres de declarar, conforme previsto no art. 132º, nº2 do CPP. Estes deveres estão acentuados, tanto pela forma de juramento, conforme o art. 91º, nº1 do CPP, como pelas sanções criminais previstas para os casos de incumprimento, como previsto no art. 360º do CPP. Apesar do assistente e as partes civis não prestarem juramento, ficam sujeitos ao dever de verdade e à responsabilidade penal pela sua violação.

Apesar de a testemunha não ser um sujeito processual, é um participante necessário à realização da justiça, por conseguinte, na realização de uma finalidade que ultrapassa o eventual interesse pessoal na punição do culpado, para se transformar numa tarefa do Estado.

As testemunhas são obrigadas a responder com verdade sobre os fatos que sejam imputados a outrem, salvo nos casos em que por lei é preciso manter o segredo. Assim sendo incumbe à testemunha responder com verdade às perguntas que lhe foram feitas, como resulta do art. 132º, nº2 do CPP. O direito ao silêncio atua de forma diferente, em relação às testemunhas, uma vez que não lhes é exigido que respondam às perguntas que as possam auto-incriminar. Em relação a declarações incriminatórias de familiares e afins da testemunha, o Código protege o direito ao silêncio da testemunha ao proibir ao tribunal de, em audiência e julgamento, proceder à leitura, visualização ou audição de gravações do seu depoimento quando ela se tenha recusado a depor, nos termos do art. 356º, nº6 e 8 do CPP.

Conforme estabelece Elizabeth Queijo *O reconhecimento do direito ao silêncio para o suspeito e a testemunha tem grande relevância na tutela do nemo se detegere. Se o princípio somente fosse reconhecido ao indiciado e ao acusado, em processo penal, facilmente se poderia fraudar a sua incidência. Bastaria tomar declarações do suspeito como testemunha* (Queijo, 2003: 198).

18.3 Outros titulares do direito ao silêncio

Embora o direito ao silêncio seja vulgarmente referido como um direito do arguido, ele não é exclusivo do arguido.

A vítima goza também do direito ao silêncio, uma vez que nunca poderá ser coagida a divulgar informações, ou outros dados que a possam prejudicar, podendo se recusar a responder às perguntas.

O direito ao silêncio abrange qualquer pessoa acusada num processo penal⁵⁷. Porém, goza igualmente deste mesmo direito, o menor de dezasseis anos, apesar de neste caso, implicar um procedimento especial, uma vez que estão sujeitos a uma sanção.

Os direitos fundamentais não são exclusivos da pessoa humana, podem também ser exercidos pela pessoa coletiva, desde que tal seja conciliável com a sua natureza. Neste sentido dispõe o art. 12º, nº2 da CRP. Desta forma, a pessoa coletiva encontra-se abrangida pelo direito ao silêncio a partir do momento que lhe seja imputada responsabilidade criminal. Se a pessoa coletiva ocupar o lado passivo da relação jurídica-processual-penal, através do seu representante legal, poderá, neste caso, reclamar o seu *ius tacere*, na medida em que *a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição* (art. 18º, nº2 da CRP).

No entanto, quanto às pessoas coletivas, o princípio *nemo tenetur*, pode ser menor, tendo em conta a Lei da Concorrência⁵⁸.

19. Direito ao silêncio e o Interrogatório

19.1 O direito ao silêncio no interrogatório do Processo Penal Português

Nas diversas fases processuais, o arguido pode prestar declarações perante a entidade interrogante e, em conformidade com o pensamento de Germano Marques, as

⁵⁷ Da mesma forma entende Costa Andrade (...) *a liberdade de declaração não é um exclusivo do arguido. Com maior ou menor amplitude, assiste igualmente a outros sujeitos processuais, nomeadamente a vítima e as testemunhas* (Andrade, 1992: 120).

⁵⁸ Esta restrição verifica-se tanto na Lei da concorrência (que comina em contra-ordenação a não entrega de documentos quando solicitada pela entidade instrutora (art. 18º e 43º, nº3 da Lei 18/2003) como pelo dever de colaboração consagrado no Regime Geral das Infracções Tributárias.

declarações prestadas apresentam dupla natureza. Por um lado podem ser meio de prova por estar sistematizado no capítulo relativo à produção de prova. Por outro lado, apresentam a característica de meio de defesa, uma vez que o arguido tem autodeterminação sobre o que diz, podendo, inclusive, nada dizer (Silva, 2000: 181).

Interrogatório, do latim *interrogare*, é o ato processual no qual a autoridade judicial ou o órgão de polícia criminal, toma as declarações do arguido sobre a sua qualificação pessoal e sobre os fatos que lhe são imputados e quaisquer circunstâncias que influam sobre estes.

O interrogatório é um ato processual muito importante, tendo como principais finalidades alcançar a descoberta da verdade e garantir a defesa do arguido. A participação do arguido na descoberta da verdade deve ser voluntária, livre e consciente, uma vez que não tem o dever de colaborar com a justiça (Ristori, 2007: 114-115).

Alguns autores defendem a supressão do interrogatório, uma vez que, sendo considerado meio de defesa, o arguido não deveria de ser submetido a tal espécie.

No entanto, tal situação não detem qualquer cabimento, porque embora o interrogatório seja essencialmente meio de defesa, não deixa de apresentar utilidade. Muito pelo contrário, o arguido tem o direito de ser ouvido, um dos princípios basilares que deve ser protegido. Além de que, não se deve limitar totalmente o princípio da busca da verdade material, porque o arguido pode ser o único a saber o que aconteceu.

O interrogatório é essencial na formação da convicção do juiz.

No processo Penal Português o arguido é submetido a três tipos de interrogatórios. O primeiro interrogatório verifica-se quando o arguido é detido, no prazo máximo de 48h após a detenção, o juiz deve interrogar o detido, a fim de analisar a restituição à liberdade ou a imposição de medida de coação adequada, conforme previsto no art. 141º, nº1 do CPP e o art. 28º, nº1 da CRP; os interrogatórios realizados pelo Ministério Público, a arguidos não presos ou a arguidos presos em sequência do interrogatório do juiz referido, conforme o art. 143º, nº1 e 144º, nº1 do CPP; e ainda, o interrogatório feito ao arguido pelo juiz ou pelo presidente do tribunal, no início da produção de prova na audiência, conforme assegura o art. 343º, nº1 e 2 e 345º, nº1 do CPP (Ristori, 2007: 115).

No interrogatório é exigida a presença do Ministério Público e do defensor, sob pena de nulidade insanável, conforme prescreve o art 119º, al. b) e c) do CPP. Se o arguido não tiver advogado é nomeado um pelo tribunal. A primeira questão que se coloca é a de saber se o arguido tem oportunidade de conferenciar com o defensor que lhe foi nomeado antes de prestar declarações, de forma a preparar a sua defesa. Uma outra questão que

surge é a de saber se o arguido pode recusar o defensor que lhe foi nomeado. Outra questão é saber se o arguido não possui de fato uma defesa técnica e tal medida constitui apenas um *acto pro forma* (Ristori, 2007: 115). Neste sentido, o primeiro interrogatório é dos momentos mais importantes para o arguido preparar a sua defesa, não se bastando por um momento de controle judicial da detenção. Desta forma, é fulcral que seja garantida a entrevista do arguido com o seu defensor, para definir a sua estratégia de defesa e aconselha-lo se entender a ficar calado, sob penas dos atos subsequentes serem prejudicados, para além da sua liberdade que é imediatamente lesada⁵⁹.

No primeiro interrogatório, o juiz de instrução, questiona o arguido sobre a sua identificação, conforme dispõe o art. 141º, nº3 do CPP, e seguidamente, informa-o dos seus direitos, previstos no art. 61º, nº1 do mesmo diploma. Tal como prescreve o art. 141º, nº4, al. a) do CPP, o juiz dará conhecimento e explicará os direitos se lhe parecer necessário. Ora, no nosso entendimento é sempre necessário que o juiz explique ao arguido, numa linguagem compreensível para ele dos seus direitos.

Assim sendo, no início do interrogatório o arguido deve ser informado do direito que possui antes de prestar qualquer declaração, de conferenciar com o seu defensor. Se for a sua pretensão, ou seja, ser primeiro entrevistado pelo seu defensor, o ato deverá ser suspenso por um período razoável, a fim de se permitir ao defensor estruturar a defesa do arguido, uma vez que está naquele momento a tomar conta dos indícios da responsabilidade criminal do arguido⁶⁰. De seguida, o juiz deve advertir o arguido do direito que tem ao silêncio, esclarecendo-lhe que não tem o dever de produzir prova contra

⁵⁹ Sem a devida instrução e esclarecimento prestado pelo defensor, o arguido poderá dizer coisas que agravem a sua situação, como também pode deixar de dizer coisas que promovam a sua absolvição, ou diminuam a pena.

Marques da Silva entende que, sendo a primeira vez que o arguido está a ser confrontado com os indícios recolhidos no processo, que vão no sentido da sua responsabilidade, não deveria ser assistido por um defensor oficioso, geralmente um advogado estagiário (Silva, 2000: 184).

⁶⁰ Entendemos, aliás, que após a exposição dos factos imputados ao arguido, este tem o direito de conferenciar com o seu defensor, nomeadamente para o assistir, esclarecendo-o sobre o seu direito de responder ou não, porque a lei assegura ao arguido o direito de assistência por defensor em todos os actos do processo (Silva, 2000: 186).

si mesmo, não tem que confessar se é culpado, e que, se optar pelo silêncio não redundará em qualquer consequência jurídica que lhe seja desfavorável. Não é suficiente transmitir ao arguido que tem direito o silêncio, terá o juiz que explicar por que tem o direito ao silêncio e como será a sua valoração, não basta dizer que não é obrigado a falar e que se não quiser não fala. Terá de ser explicado ao arguido também que, o seu silêncio pode ser parcial, ou seja que pode responder em relação a umas perguntas e ficar calado em relação a outras. Contudo, relativamente às questões relativas á sua identificação é obrigado a responder.

Se estivermos face a um interrogatório presidido pelo Ministério Público, nos termos do art. 143º, do CPP, também há obrigatoriedade por parte do MP de garantir a presença do defensor do arguido, apesar de este não puder intervir no ato em causa, o arguido pode conferenciar previamente com o seu defensor, e ser informado do direito ao silêncio.

Como dispõe o art. 144º do CPP, em fase de inquérito, estando em causa arguido detido ou em liberdade, o interrogatório será realizado pelo Ministério Público, ou por órgão de polícia criminal, por delegação do Ministério Público. Se existir fase de instrução, uma vez que é facultativa, é o juiz de instrução que realiza o interrogatório. A sistemática a ser observada nestes interrogatórios é a mesma do primeiro interrogatório do arguido detido, em tudo que for aplicável.

Em audiência, o interrogatório do arguido é regulado pelos arts. 342º a 345º do CPP. Estas normas tratam da identificação do arguido, das declarações deste, com a advertência também do direito ao silêncio, uma vez que é neste momento que a confissão adquire um valor probatório exponencial. Quando a confissão é adquirida no interrogatório durante a audiência é um meio de prova, e se, o arguido confessa integralmente e sem reservas a prática do delito, caberá aos juízes do Tribunal decidir sobre a necessidade de produção de outras provas ou não, em audiência.

Saliente-se que, no final da audiência de julgamento, depois das alegações, é novamente interrogado o arguido para pronunciar algo em sua defesa, conforme o art. 361º do CPP.

19.2 Natureza jurídica do interrogatório

Muito se tem discutido sobre a natureza jurídica do interrogatório, e colocam-se algumas questões: será um meio de prova ou um meio de defesa? Ou então terá o interrogatório uma dupla natureza? Na doutrina ainda não se verifica um consenso sobre esta matéria.

Vasco Ramos sublinha que *O interrogatório, é simultaneamente, um direito do arguido e um meio de prova, aliás, um meio importante de prova. Como meio de prova, através de declarações do arguido, quer enquanto confessa, quer enquanto nega o crime, contribui ou pode contribuir para a descoberta da verdade* (Vasco Ramos apud Ristori, 2007: 117-118).

A maioria da doutrina defende o carácter defensivo do interrogatório. Sabatini, por exemplo, entende que apesar de o interrogatório ser um meio de prova, dada a obrigação de o órgão jurisdicional fazer advertência ao arguido do seu direito ao silêncio, verifica uma evolução histórica no conceito do interrogatório, antes como um principal meio de alcançar a confissão e hoje como um meio de defesa, em homenagem ao princípio da humanidade segundo o qual ninguém se deve auto-incriminar (Sabatini *apud* Ristori, 2007: 118). No mesmo sentido, Bento de Faria entende que o interrogatório é um meio de defesa, uma vez que o acusado deve ser (...) *o único senhor das suas palavras* (Bento de Faria *apud* Ristori, 2007: 118).

Serra Dominguez entende que, esta situação em torno do interrogatório é artificial, porque depois de ter desaparecido a influência que a confissão detinha no processo, o carácter do interrogatório passou a ser de meio de defesa. Um opinião semelhante a Sabatini (Serra Dominguez *apud* Ristori, 2007: 118).

Grinover, Fernandes e Gomes Filho entendem que o interrogatório é meio de defesa, convertendo-se em meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado descrever a sua própria versão dos fatos. Ressalve-se que se pode traduzir ainda em meio de prova quando o juiz tomar conhecimento de elementos relevantes para a descoberta da verdade; contudo não pode ser considerado meio de prova, porque não está ordenado *ad veritatem quaerendam*. Acresce, que o arguido não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova e, por isso *O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado* (Grinover, Fernandes e Gomes Filho *apud* Ristori, 2007: 118-119).

O interrogatório torna-se insubstituível, uma vez que por vezes só o arguido poderá discorrer com certeza como ocorreram os fatos. O arguido não podendo ser visto como objeto do processo, as suas declarações têm de ser encaradas como meio de defesa.

Se considerarmos que no processo penal existem três interrogatórios, Figueiredo Dias denota que há aqueles que entendem que o primeiro interrogatório é essencialmente de defesa, o segundo interrogatório seria o arguido sujeito de prova e o terceiro teria uma natureza dúplice. Realça que tal ideia dizendo que *qualquer dos interrogatórios tem de ser revestido de todas as garantias devidas ao arguido como sujeito do processo – e constitui, nessa medida e naquela outra em que tem de respeitar a inteira liberdade de declaração do arguido, uma expressão do seu direito de defesa ou, se quisermos, um meio de defesa. Mas também qualquer dos interrogatórios visa contribuir para o esclarecimento da verdade material, podendo nessa medida legitimamente reputar-se um meio de prova* (Dias, 1974: 440-443). Refere ainda que as últimas declarações prestadas em audiência de julgamento constituem um puro ato defensivo (art. 361º do CPP) (Dias, 1974: 443).´

Germano Marques da Silva entende que independentemente da fase do processo, as declarações do arguido constituem sempre natureza dúplice, ou seja, meio de defesa e meio de prova, fazendo ênfase que as declarações do arguido estão disciplinadas no capítulo relativo à produção de prova (Silva, 2008: 187).

Por seu turno, Cavaleiro Ferreira menciona que *O interrogatório que o arguido não é e não deve ser somente um meio de prova. É também um meio de defesa. A doutrina tem debatido a questão de saber se com uma ou outra característica é de considerar o interrogatório do arguido* (Ferreira, 1955: 150).

O interrogatório é, sem qualquer dúvida um meio de defesa na sua essência, podendo ser eventualmente um meio de prova, quando a presença do arguido contribuir para o esclarecimento da verdade. Trata-se de um meio de defesa porque a nossa Constituição garante ao arguido todos os meios de defesa, incluindo também, o direito de audiência. Neste sentido, ao se realizar o interrogatório, a autoridade interrogante tem o dever de advertir o arguido do seu direito ao silêncio e, caso o arguido se remeta ao silêncio, o que representa a sua expressão mais natural – o interrogatório é apenas um ato defensivo. O arguido só colabora se for da sua livre vontade, se quiser fornecer dados para a investigação ou para a formação do convencimento do julgador na audiência.

Porém, no ato do interrogatório ao arguido, o juiz pode recolher algumas provas, face ao contacto estabelecido. Pois, se o arguido, indiciado como autor do crime, e mesmo que se tenha remetido ao silêncio durante o interrogatório, o juiz pode reunir as

impressões pessoais que obteve durante o contacto visual que estabeleceu com o arguido⁶¹ (Ristori, 2007: 121). Contudo, se o arguido de forma livre fornecer dados relevantes para o esclarecimento dos fatos, além de ser um ato de defesa, poderá também ser um meio de prova, não sendo essa a sua essência.

19.3 Garantias e requisitos do Interrogatório

Uma das formas mais eficazes de identificarmos o processo penal adotado pelo Ordenamento jurídico de um Estado é destrinchando os caracteres do ato do interrogatório. Neste contexto, afigura-se a célebre frase de Figueiredo Dias *Diz-me como trataas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu* (Dias, 1974: 428).

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* manifesta-se no interrogatório, ou seja o direito que o arguido tem de se manter silente.

No processo inquisitório, a todo o custo se busca a confissão, até sob tortura, não se convive com o direito ao silêncio. O arguido tem que responder às perguntas que lhe são feitas e com verdade.

A CRP determina a estrutura acusatória do processo penal e, desta forma, o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, o arguido é um sujeito de direitos.

19.3.1 Objeto do interrogatório e a informação sobre a imputação

Relativamente à estrutura do interrogatório, é importante salientar que o direito ao silêncio não se estende a todo o ato, ou seja, existem perguntas a que o arguido está obrigado a responder e a responder com verdade. Essas perguntas onde recai a obrigação por parte do arguido de responder com a verdade, são as relativas à sua identificação,

⁶¹ Claro é, contudo, que qualquer reação observada pelo magistrado, e que lhe pareça relevante e digna de nota, deverá ser consignada em o termo de inquirição, pois, do contrário, dela não poderá servir-se para seu livre convencimento, posto que aquilo que não se encontra no processo inexistente para o mundo (*quod non est in actis non est in mundo*) (Pedroso apud Ristori, 2007: 121).

nomeadamente, nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência. Em consonância, com o que está estabelecido na lei, o arguido será informado que a falta de resposta às perguntas e a falsidade da mesma, o poderá incorrer em responsabilidade penal, nomeadamente no crime de desobediência (art. 348º do CP) ou no crime de falsas declarações (art. 359º do CP).

Não obstante, o interrogatório pode ser dividido em duas partes: a primeira para recolher os dados de identificação do arguido, e segunda para conhecer os fatos imputados. A identificação é a parte em que diz respeito aos dados pessoais do arguido. É neste momento que se verifica se a pessoa a ser interrogada é a que contra ele foi proposta a ação penal. Ressalve-se que, as perguntas referentes às circunstâncias pessoais do arguido podem integrar, na verdade, o interrogatório de mérito. Pode se verificar quando uma das perguntas redundar no reconhecimento de um elemento de um fato típico, ou uma agravante da pena. Neste caso, não será aceitável punir o arguido pelo seu silêncio ou falsidade, uma vez que não tem a obrigação de depor contra si próprio⁶².

Desta forma, a defesa pessoal não se encontra presente somente no interrogatório de mérito ou objetivo, uma vez que o direito ao silêncio engloba as circunstâncias em que os fatos ocorreram, mas também, podem verificar-se situações que devam ser analisadas individualmente, em que as informações relativas à identificação sejam auto-incriminantes ou, ao menos, configurar lesão à dignidade do acusado e, por essa razão, só podem ser prestadas espontaneamente.

Depois do arguido ser informado sobre os fatos que lhe são imputados, ele pode relatar a sua versão dos fatos, tendo em conta os limites da acusação. Poderá ser perguntado ou solicitado a esclarecer alguns pontos, desde que seja pertencente ao objeto do processo (Ristori, 2007: 128).

O ato do interrogatório, não é o ato que se destina a obter quaisquer informações, mas é o momento em que o arguido manifesta a sua primeira defesa, e como, já foi anteriormente referido, destina-se a identificar o arguido e investigar as circunstâncias que envolvem o fato delituoso presente na acusação. Ressalves-se que o interrogatório é

⁶² Por exemplo, o arguido não deve ser obrigado a confessar ser funcionário, quando está sendo acusado de um homicídio qualificado praticado com abuso de autoridade (art. 132º, nº1 CP).

balizado pelo objeto da acusação e da contestação, assegurando-se assim o princípio do contraditório.

De acordo com o art. 140º, nº2 do CPP, às declarações do arguido é aplicável o disposto nos arts. 128º e 138º, ou seja, o arguido só será inquirido sobre os fatos que tenha conhecimento e os que constituam objeto de prova. No interrogatório não devem ser realizadas perguntas sugestivas ou impertinentes, no entanto, a forma e a quantidade das perguntas são definidas pelo interrogante. O interrogante deve se abster de utilizar manobras sub-reptícias de forma a obter a confissão do acusado.

Portanto, em qualquer interrogatório, o arguido terá que ser comunicado sobre os direitos que possui, nomeadamente o direito ao silêncio e dos fatos que lhe estão a ser imputados. Se estiver preso, terá que lhe ser comunicado o motivo da sua prisão. Ouvir o arguido sem este estar informado sobre os seus direitos e sobre de que é acusado é violar profundamente o princípio da ampla defesa. Sendo certo que, as declarações obtidas serão inutilizadas. Também é de salientar que é insuficiente que o interrogante cite o CPP e a CRP, sem que proceda a uma explicação em linguagem acessível e compreensível para o arguido, algo que já foi anteriormente mencionado.

A defesa pessoal sendo renunciável, o esclarecimento e a informação sobre a imputação é o pressuposto essencial para as manifestações do arguido ao longo da relação processual penal (Ristori, 2007: 130).

19.3.2 Voluntariedade e espontaneidade e o comparecimento do arguido

Em virtude do princípio da ampla defesa, constitucionalmente assegurado, o arguido pode optar pela estratégia de defesa que considera mais conveniente para si. Sendo assim, o arguido pode optar por responder às perguntas que lhe são feitas ou permanecer em silêncio.

Portanto, é imperioso que lhe seja comunicado os fatos que lhe são imputados e, assim, livre em sua pessoa prestará declarações.

As declarações do arguido são marcadas pela espontaneidade e pela voluntariedade. O arguido presta declarações de forma livre e consciente, sendo proibido qualquer constrangimento à sua vontade.

A lei portuguesa é zelosa em garantir a liberdade e autodeterminação do arguido, uma vez que no art. 126º do CPP, é proibido que as declarações prestadas pelo arguido

sejam obtidas sob tortura, coação moral ou física, ou ameaça, evitando também a utilização de métodos que perturbem a liberdade de vontade ou de decisão por meio de maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos, ou que perturbem, por qualquer meio, a capacidade de memória ou de avaliação. Também é proibida a promessa de vantagem legalmente inadmissível. As declarações obtidas com o desrespeito do preceito legal referido (art. 126 do CPP), não podem ser utilizadas, ainda que o arguido consinta.

Aspetto relativo ao tema da preservação da liberdade de autodeterminação do arguido, passa pela exigência ou não do seu comparecimento no interrogatório, visto que muitas vezes, só o ser chamado a depor, influencia na sua vontade, abalando-a, e o arguido, perante o comparecimento obrigatório, opta por depor, embora essa não fosse a sua intenção inicial (Ristori, 2007: 132).

Ainda que reconheçam o princípio nemo tenetur se ipsum accusare, os ordenamentos jurídicos pendem para a exigência do comparecimento do arguido para contestar o interrogatório, com a possibilidade de ser determinada a sua condução coercitiva (Ristori, 2007: 132).

Em Portugal, sempre que a lei o exigir e tenha sido convocado, o arguido tem o dever de comparecer perante o juiz, ministério público e órgãos de polícia criminal, como previsto no art. 61, nº3 do CPP. Se o arguido faltar ao interrogatório injustificadamente, sujeita-se à aplicação de uma multa, detenção temporária e, inclusive, prisão preventiva, se esta for legalmente admissível (art. 116º do CPP). A regra é o comparecimento do arguido no interrogatório, dispondo o juiz de instrumentos legais de tornar obrigatória a presença do arguido.

Elizabeth Queijo salienta que *Não se pode desconsiderar que a condução coercitiva exerce certa compulsão sobre o acusado para que participe ativamente no interrogatório, repondo às indagações formuladas. É ínsita à condução coercitiva a expectativa de que ele responda às perguntas que lhe serão dirigidas no interrogatório (Queijo, 2003: 237).*

Não é justificável a condução coercitiva, detensão temporária, ou qualquer outra medida, a fim de tornar obrigatório o comparecimento do arguido no interrogatório.

Assim, constatamos que as medidas aplicadas para impor ao arguido o seu comparecimento no interrogatório, tem a finalidade de persuadir o arguido a colaborar com a justiça. Tentasse corroborar a vontade originária de não prestar declarações, de forma a obter elementos que contribuam para a descoberta da verdade. No entanto, tal não pode ser

exigido do arguido, uma vez que a sua liberdade de autodeterminação deve ser preservada e assegurada.

19.3.3 A presença do defensor no interrogatório

A CRP, no art. 20º, nº1 garante a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. Garante ainda no nº2 do referido artigo que todos tem direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e ao fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

O arguido tem ainda o direito de ser assistido por defensor em todos os atos processuais em que participar e, quando detido, se comunicar, mesmo em privado, com ele (art. 61º, nº1, al.e) do CPP). O arguido tem o direito de poder escolher o seu defensor, quando não o faz o tribunal nomeia-lhe um (art. 61º, nº1, al.d) do CPP).

O defensor além da representação do arguido, é um órgão autónomo da administração da justiça, exercendo uma função pública que se consubstancia como (...) *missão exclusiva fazer avultar no processo tudo quanto seja favorável à posição jurídica do arguido* (Dias, 1974: 469). O defensor deve colaborar também na descoberta da verdade processual, limitado à matéria probatória relativa à inocência ou menor responsabilidade do arguido.

Nenhum interrogatório, não somente o interrogatório judicial do arguido detido (art. 64º, nº1, al.a) do CPP), deve ser realizado sem a presença do defensor. É um direito constitucional que assiste ao arguido e que as autoridades devem zelar pela sua observância. Aliás, devem zelar para que o arguido se entreviste com o defensor antes do interrogatório, a fim de que o defensor possa assistir tecnicamente o arguido⁶³. No entanto, a presença obrigatória do defensor vigora no primeiro interrogatório judicial de arguido detido. Nos restantes interrogatórios, principalmente na fase do inquérito policial, o

⁶³ (...) *Cabe oficiosamente ao juiz como ao MP, zelar pela protecção dos direitos processuais do arguido e, inclusive, pela sua própria defesa* (Dias, 1974: 468).

arguido pode dispensar a presença do defensor, mas, os seus direitos têm sempre que lhe ser comunicados, nomeadamente o direito à presença do defensor. Seria inaceitável e não era compatível com a ética e a lisura que deve permear que o MP ou outra autoridade interrogante não informasse o arguido dos seus direitos, colocando-o numa posição frágil, a fim de obter declarações que o auto-incriminasse.

Existe entendimento de o comparecimento do defensor no interrogatório pode perturbar a realização do mesmo, dado ao defensor, poder aconselhar o arguido a não responder às perguntas formuladas. Mas Carlos Haddad não é desta opinião, salienta que *Nada disso, porém, deve impedir o acompanhamento do acusado pelo advogado: o fato de a presença do defensor impedir o acusado de fazer declarações equivocadas ou não apropriadas; obstar a utilização de meios ilegítimos de interrogatório e controlar as condições em que este é realizado; garantir a pureza real dos autos, dada a facilidade com que as declarações podem ser desvirtuadas na redução a escrito; facilitar à defesa e colheita de material probatório e opor-se à acusação no julgamento são razões suficientes para que a sua presença seja indispensável*⁶⁴ (Carlos Haddad *apud* Ristori, 2007: 138).

É através do interrogatório que o arguido inicia a sua estratégia defensiva e, portanto, a entrevista do arguido com o seu defensor anterior ao ato do interrogatório é essencial para acordarem a defesa a adoptar, que pode passar pela confissão, pelo exercício do direito ao silêncio, entre outras possibilidades.

Ressalve-se que, até podem existir elementos que promovam a diminuição de pena, ou até mesmo a absolvição que o arguido não tenha conhecimento e alcance, e que somente o defensor possa alegar a seu favor, após a entrevista. Como refere Haddad, *A autodefesa somente será assegurada e exercitada à medida que atuar conjuntamente com a defesa técnica* (Carlos Haddad *apud* Ristori, 2007: 139).

Mesmo que o advogado não intervenha diretamente no ato do interrogatório, a sua presença não é inútil, uma vez que podem ser praticadas eventuais irregularidades. O

⁶⁴ No mesmo sentido Figueiredo Dias para quem necessário é encontrar um ponto de equilíbrio entre o interesse público da repressão da criminalidade, que exige uma instrução ampla, rápida e livre, e o interesse do arguido na consciência e efectividade do seu direito de defesa (Dias, 1974: 496).

defensor, tem como principal função a fiscalização de possíveis excessos e abusos que podem ser cometidos.

20. A confissão

Durante muito tempo a confissão foi considerada por muitos a rainha das provas, uma vez que não importavam os meios usados para a obter, que podiam ser torturas desumanas. Todas as declarações prestadas pelo arguido são sempre importantes para a busca da verdade, independentemente da natureza jurídica que se estabeleça ao interrogatório, pois, o arguido pode exercer o seu direito ao silêncio, pode confessar totalmente ou parcialmente.

Conforme dispõe o art. 344º do CPP, na fase de audiência é admitida a confissão enquanto meio de prova. No entanto, a confissão, enquanto meio de prova não pode beneficiar de um tratamento privilegiado, porque o princípio da presunção de inocência, tendo em conta a dignidade da pessoa humana, preconiza e apela para que o processo penal seja justo. Para que o princípio da presunção de inocência seja preservado, temos de estar atentos para que a liberdade e a vontade do arguido seja respeitada, ou seja, não sejam utilizadas medidas que integram a tortura do arguido, de forma a se obter a confissão.

Na confissão há que explicar o distanciamento entre dois pólos: os regimes em que a confissão faz prova plena, como tendem a ser os sistemas acusatórios modernos de tipo anglo-americano e, no outro extremo, os regimes que “desconfiam” em absoluto da confissão e nunca admitem como única prova.

A confissão traduz-se na declaração, através do qual o arguido reconhece como verdadeiros os fatos que lhe são imputados.

Se o arguido confessar na fase de inquérito ou na instrução, é importante que se proceda à recolha de provas que sustentam a imputação do crime. Existe a possibilidade de o arguido alterar em posteriores interrogatórios as suas declarações, podendo mesmo negar os fatos que anteriormente confessou. No caso, de o arguido negar os fatos que anteriormente terá confessado, a primeira condenação não se torna suficiente para suportar uma condenação. O arguido poderá ter confessado por diversos motivos, nomeadamente para eventualmente proteger o verdadeiro culpado, para tentar não ser condenado a crime mais gravoso, etc. Na verdade, a confissão deve ser livremente apreciada e valorada pelo julgador, segundo os seus critérios, guiado pelo princípio da livre apreciação da prova.

A confissão adquire um valor muito reduzido, servindo apenas para que o juiz, juntamente com outros elementos contidos no processo profira sentença de pronúncia.

A lei processual penal é explícita ao obrigar a intermediação judicial para a recolha das declarações do arguido a serem utilizadas no julgamento. Relativamente às declarações prestadas aos órgãos de polícia criminal ou ao Ministério Público tem como finalidade orientar as investigações e estabelecer quais as diligências a seguir no inquérito, de modo a determinar o autor e a existência do fato delituoso.

Em audiência de julgamento, como dispõe o art. 344º, nº1 do CPP, quando arguido declara que pretende confessar os fatos de que é acusado, obrigatoriamente lhe é perguntado se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação e se o seu caráter será integral e sem reservas. Se a sua resposta for afirmativa, e se em causa estiver um crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos, não existindo co-arguidos, ou se existirem todos confessarem da mesma forma que o arguido em causa, ou seja livre, integral, sem reservas e sem a suspeita do caráter livre da confissão, o Tribunal considerará provados os fatos em discussão, não necessitando da produção de outras provas, passando para as alegações orais e, após, se o arguido não for absolvido por outros motivos, passa-se à determinação da sanção aplicável (Ristori, 2007: 125).

Se todos os requisitos legais não estiverem presentes, a confissão será livremente apreciada pelo Tribunal.

Relativamente à matéria da imputação, o arguido goza do direito ao silêncio, o que faz com que não lhe seja exigido o cumprimento do dever de verdade. O comportamento do arguido não o responsabiliza criminalmente quando opta pelo silêncio quanto aos fatos que lhe foram imputados, e ainda quanto ao conteúdo das declarações que acerca deles prestar. Sendo assim, o silêncio não pode desfavorecer o arguido, nem tão pouco pode ser fator de determinação da pena concreta.

O arguido não pode ser forçado a participar e a colaborar na sua própria incriminação, como assegura a CRP, no art. 1º e 32º, nº2, o PIDCP no art. 14º, nº3, al.g) e o CPP, nos arts. 61º, nº1, al.d) e 343º, nº1. Forçar o arguido a fazer uma demonstração dos fatos que lhe são imputados seria uma violência à nossa ordem jurídica. E, nesta medida, a prova seria proibida nos termos do art. 126º, nº1 e 2, al. a,c,d) do CPP.

O direito ao silêncio consubstancia-se numa oposição à confissão. É o momento em que o arguido nem admite, nem nega o que lhe foi imputado. O direito ao silêncio é um direito do arguido, que se encontra constitucionalmente consagrado assegurando a auto-

incriminação. O direito ao silêncio não pode funcionar como uma presunção de culpabilidade, não pode existir nenhuma conclusão desfavorável, pelo fato de se ter calado.

21. Limites e efeitos do exercício do direito ao silêncio: sua valoração

Uma das questões que é muito debatida pela doutrina é se o direito ao silêncio abrange todo o conteúdo do interrogatório, ou se alcança só uma parte dele, ou seja, o interrogatório de mérito.

A tendência majoritária entende que o arguido só pode invocar o direito ao silêncio quanto às perguntas relativas ao objeto do processo, isto é, sobre os fatos em discussão e as circunstâncias em que ocorreram. Relativamente às questões sobre a sua identificação, não lhe é permitido permanecer em silêncio, sob pena de incorrer em responsabilidade penal, tal como já foi referido anteriormente. Também não é possível ao arguido mentir sobre a sua identificação. No entanto, é do nosso entendimento que o direito ao silêncio possa vigorar relativamente a perguntas sobre a sua identificação, como foi já anteriormente mencionado. Quando o arguido se remete ao silêncio sobre as questões relativas á sua identificação, ou mente, incorrerá em crime de desobediência, como estabelece o art. 349º do CP, ou em crime de falsas declarações, art. 359º do CP.

Figueiredo Dias aponta que (...) *recai sobre o arguido um dever de dizer a verdade* (Dias, 1974: 445) quanto às perguntas sobre a sua identidade.

O que verdadeiramente se configura como pressuposto processual é a identidade física do arguido, dado a possibilidade de ser movido um processo penal contra pessoa que nem sequer se saiba o nome, mas que seja identificado como verdadeiro autor dos fatos.

Existem situações em que fornecer os dados pessoais do arguido, pode configurar numa ruptura do seu direito ao silêncio. Por isso mesmo, é que parta da doutrina alemã não considera suficiente o direito ao silêncio apenas quanto ao interrogatório de mérito, dando como exemplo (...) *o autor do crime é conhecido e o fornecimento de sua identidade equivale a uma confissão de autoria, a obrigação de fornecer dados pessoais seria incompatível com o privilégio contra a auto-incriminação* (Eser e Muller apud Ristori, 2007: 148).

Elizabeth Queijo entende que é correto negar ao arguido o direito de se remeter ao silêncio no interrogatório identificação, uma vez que é essencial a recolha dos dados do arguido para a formação adequada da persecução penal, sendo ainda exigível que responda

com verdade. Entendendo que *Efectivamente, a segurança sobre a pessoa contra quem se procede, como agente da prática criminosa, exclui a possibilidade de processar e condenar uma pessoa por outra* (Queijo, 2003: 202), referindo ainda que *Não estão abrangidas na identificação as indagações referentes a antecedentes e condenações anteriores* (Queijo, 2003: 202).

Couceiro, entende que o direito ao silêncio só abrange o interrogatório de mérito, incidindo (...) *sobre as declarações relacionadas ao fato delituoso, e não sobre aquelas pertinentes aos antecedentes ou à identidade da pessoa que está sendo ouvida* (Couceiro, 2004: 210). Argumentando que a atividade defensiva não opera na decisão de se remeter ao silêncio quanto ao interrogatório de identificação.

A identificação do arguido perante a autoridade interrogante é importante, mas de uma forma estrita: nome, filiação, data e lugar de nascimento e residência. Estes elementos são suficientes para que os órgãos de polícia criminal procedam à investigação. Exigir maiores dados sobre si ao arguido, seria impor-lhe o dever de colaborar com a justiça, o que na verdade não lhe é exigido esse dever.

As declarações do arguido são livres, podendo não falar, exercer o direito ao silêncio, ou falar de uma forma parcial ou total e, ainda, pode mentir ou não. Contudo, este direito ao silêncio do arguido possui limites, uma vez que tem o dever de prestar corretamente os seus dados pessoais, sob pena de se responsabilizar falsamente outra pessoa, ou atribuir-se falsamente a prática de um delito.

Relativamente aos limites do exercício ao silêncio, surge aqui também a questão que já foi anteriormente referida, quanto à obrigação de responder às perguntas formuladas que dizem respeito à responsabilidade de terceiros. O co-arguido não pode ser prejudicado por outro, em seu depoimento, nem pode ver diminuída a sua defesa, quando posteriormente, esse se recuse, no exercício do direito ao silêncio, a prestar esclarecimentos⁶⁵, matéria já referida anteriormente.

⁶⁵ Aponta Teresa Beleza que o atual CPP não prevê que esses esclarecimentos possam ser pedidos pelos defensores dos arguidos afetados pelos co-arguidos que contra eles deponham (...) *a garantia do contraditório não é assegurada em casos em que o depoimento de um co-arguido seja o elemento de prova essencial no sentido de uma condenação*. E mais: *Na medida em que esteja totalmente subtraído ao*

O silêncio não quer dizer nada, não pode deter qualquer valoração, é um direito inerente ao arguido. Segundo Costa Andrade, é (...) *ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova* (Andrade, 1992: 128). O exercício do direito ao silêncio não pode conduzir a uma presunção de culpa, nem ser valorado como indício dela.

Seria inaceitável que o exercício do direito ao silêncio pudesse servir como circunstância para agravar a pena do arguido. De igual modo, é inconcebível sustentar uma prisão preventiva porque o arguido se remeteu ao silêncio.

Altavilla salienta que o arguido não se remete ao silêncio apenas porque não possui alternativa de defesa, denotando que (...) *o silêncio é determinado por outras causas e só em casos excepcionalíssimos pela impossibilidade de se desculpar. Por isso, é necessário ter a maior cautela ao atribuir ao silêncio um valor probatório* (Altavilla apud Ristori, 2007: 152).

Perante o silêncio do arguido, o julgador pode criar uma impressão negativa, no entanto, este sentimento não se pode converter na base do seu convencimento sobre os fatos em causa, muito menos pode servir como fundamento de uma sentença condenatória.

Desta forma, visto que o silêncio não pode ser valorado, trata-se de uma inexistência de resposta, é importante salientar que o mesmo acontece quando o arguido decide se calar perante uma ou outra pergunta do interrogatório de mérito. Se o arguido inicia o interrogatório repondo às perguntas que lhe são feitas, nada o impede de posteriormente se negar a responder, manifestando o desejo de permanecer em silêncio, isto não lhe pode ser negado e nem o tribunal pode retirar ilações da sua culpabilidade em virtude da sua atitude silente. Se o arguido não conhece as perguntas que lhe serão formuladas, não há como lhe exigir um comportamento uniforme. Seja o silêncio total ou parcial, sobre ele não deve haver qualquer tipo de valoração (Andrade, 1992: 128-129).

O silêncio é um nada jurídico, como tal, a autoridade que estiver a fazer o interrogatório não deve reduzir a escrito a pergunta que não foi respondida, sob pena de verificar uma valoração, com conjecturas e deduções, o que não é permitido. Para além

contraditório, o depoimento do co-arguido não deve constituir prova atendível contra o(s) co-arguido(s) por ele afetado(s) (Beleza, 1998)

disso, não se deve questionar a razão da opção pelo silêncio relativamente à questão formulada, pois essa resposta iria responder indiretamente à pergunta que lhe foi dirigida (Queijo, 2003: 216).

Destacando a posição de Huertas Martín, ancorada em Escobar Jiménez, que sustentam que as perguntas que não se obtém resposta não devem constar do termo, uma vez que não tem previsão legal para tal (Huertas Martín *apud* RISTORI, 2007: 153). Aliás, se a opção pelo direito ao silêncio não pode trazer consequências desfavoráveis ao arguido, as perguntas não respondidas não podem ser valoradas, aceitar perguntas pela opção do silêncio, seri corroborar o direito em si.

21.1 As declarações de co-arguido

Encontra-se regulado no art. 345º do CPP, a matéria respeitante às declarações de co-arguido. Segundo a norma referida, não podem valer como meio de prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas que lhe são formuladas nos termos do nº1 e do nº2. O exercício do direito ao silêncio por parte do arguido quando confrontado com as suas declarações que haja feito contra o seu parceiro, impede que as mesmas possam ser valoradas pelo tribunal.

Será que o arguido tem o dever de responder a perguntas que digam respeito à responsabilidade de terceiros? Parece-nos que esta situação não é de aceitar, uma vez que, é muito difícil declarar a responsabilidade de terceiros, sem que a descrição do sucedido não comprometa a situação do acusado. Era muito complicado definir a responsabilidade do arguido e de terceiros, iria atribuir a dimensão do direito ao silêncio a essas perguntas, não sendo possível distinguir as declarações prestadas pelo arguido atinentes à sua responsabilidade (Ristori, 2007: 149).

Segundo Teresa Beleza, os depoimentos de co-arguidos são uma prova que merece cuidados muito especiais na sua admissão e valor, dada a sua fragilidade. Afirmando que (...) *o valor probatório do depoimento de um co-arguido no que aos restantes diz respeito é legítimo objecto de assaz diminuída credibilidade*. Além de que não é um depoimento (...) *controlado pela defesa de co-arguido atingido nem corroborado por outras provas, a sua credibilidade é nula* (Beleza, 1998: 47-49 e 58).

O co-arguido que no seu depoimento seja afectado por outro não pode ser prejudicado quando esse se recuse no exercício do direito ao silêncio a prestar esclarecimentos.

Todas as provas apresentadas em audiência, implicam a obrigatoriedade de submissão ao contraditório, como assegura o art. 327º do CPP. Esta disposição não é possível se cumprir quando se trata de co-arguidos, uma vez que o arguido tem o direito ao silêncio. Muitas das vezes, os co-arguidos denunciam os seus ex-colegas, tendo em vista obter a atenuação da pena ou até mesmo o perdão da justiça, e nesta situação, o depoimento do co-arguido poderá ser considerado uma prova proibida, nos termos do art. 126º, nº2, al.e) do CPP.

Como entende Teresa Beleza *a promessa de vantagem legalmente inadmissível será certamente um dos processos mais rotineiros de conseguimento de “arrependimento”, que do ponto de vista investigatório possam ser considerados “úteis” – isto é que ajudem a descobrir ou a incriminar co-responsáveis* (Beleza, 1998: 45).

O depoimento de um co-arguido não deve ser entendido como suficiente para sustentar uma condenação.

O arguido em conjunto com outros direitos, tem o direito ao silêncio. Se tem esse direito, o exercício dele não lhe pode trazer consequências desfavoráveis. Segundo o entendimento de Figueiredo Dias, o único aspeto que pode advir do direito ao silêncio, é que ao se calar o arguido deixaria de fornecer ao tribunal uma circunstância que poderia servir para justificar, de uma forma total ou parcial o crime, uma vez que só o arguido detinha esse conhecimento. Assim, esta seria a única situação desfavorável ao arguido no que concerne ao silêncio, uma vez que só ele poderia indicar elementos que comprovassem a sua não reponsabilidade (Dias, 1974: 449).

O exercício do direito ao silêncio, não pode consubstanciar uma presunção de culpa, como já referido anteriormente. Como atenta Costa Andrade o silêncio é (...) *ausência pura e simples de resposta, não podendo enquanto enquanto tal ser levado à livre apreciação da prova* (Andrade, 1992: 128). Seria inconcebível que o silêncio pudesse consubstanciar um agravante da pena. O fato de não responder a determinadas perguntas não significa que esteje a negar ou afirmar. Aliás, o arguido pode começar por falar no interrogatório, mas depois mais tarde, pode optar por se remeter ao silêncio, não podendo o tribunal presumir a sua culpabilidade pela sua opção. Seja o silêncio parcial ou total, sobre ele não deve haver qualquer tipo de valoração (Andrade, 1992: 128-129).

21.2 Direito ao silêncio vs Direito de mentir

Ao contrário do que acontece com as testemunhas, que são obrigadas a depor com verdade, ao arguido não lhe é exigido que responda com verdade às perguntas formuladas, na medida em que ele não tem que colaborar com a justiça, nem é obrigado a fornecer dados que contribuam para a sua auto-incriminação.

Sobre o arguido recai a obrigação de responder com verdade às perguntas relativas à sua identidade e, quando a lei o exigir, sobre os seus antecedentes criminais, sob pena de incorrer em responsabilidade penal, como prescreve os arts. 61º, nº3, al.b) e 141º, nº1 do CPP, e além disso, tem o direito ao silêncio.

O processo penal não vive da verdade formal, antes sim, busca a descoberta da verdade material, dentro dos limites do processo. Assim, cabe perguntar se o arguido, quando não se remete ao silêncio e decide falar, tem ou não o dever de responder com verdade, e quais são as consequências decorrentes de mentir sobre os fatos que integram o objeto do processo.

Seria inaceitável que o arguido tivesse o direito de mentir. Neste sentido, Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva entendem que não existe legalmente um direito de mentir, apesar de o arguido não ter qualquer compromisso com a verdade. A mentira do arguido se for descoberta, (...) *não deve ser valorada contra ele, quer ao nível substantivo autónomo das falsas declarações, quer ao nível dos direitos processuais daquele* (Dias, 1974: 451).

A submissão do arguido a julgamento, com a exigência do dever de verdade, atenta contra o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e limita a sua liberdade de autodeterminação. Elizabeth Queijo explica ainda que, existe o entendimento de que aquele que é inocente presta juramento⁶⁶, uma vez que nada tem a ocultar, sendo que quem não o faz é considerado suspeito ou culpado (Queijo, 2003: 232).

⁶⁶ Assevera Teresa Beleza *O nosso Código de Processo Penal estatui que nunca no nosso processo o arguido é submetido a juramento – ainda que porventura o queira, isso não é legalmente possível* (Beleza, 1998: 49).

O juramento é afastado, não podendo o arguido ser punido pelas mentiras, até porque não podem ser valoradas, nem através delas se presumir a sua culpabilidade, ou ainda servir como fundamento de agravação da pena, ou seja, se o arguido faltar à verdade não incorrerá no crime de falsas declarações, com ressalva nas perguntas respeitantes à sua identidade, e antecedentes criminais, quando a lei o exigir. Esta inexistência do dever de dizer a verdade é uma das decorrências do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Segundo Castanheira Neves, as declarações falsas do arguido podem servir ao tribunal como fator de ponderação acerca da personalidade do arguido. No entanto, na sua opinião, a mentira é isenta de punição⁶⁷, já que (...) *o que igualmente ninguém hoje exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório, é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora* (Neves, 1968: 175-176).

Nos termos do art. 140º, nº3 do CPP *O arguido não presta juramento em caso algum*. Se o arguido mentir, em caso algum lhe será aplicada uma sanção pelo crime de falsas declarações, uma vez que o crime de falsas declarações ou depoimento exige, como indica o art. 359º, nº1 do CP, que seja prestado juramento, o que quer dizer que, as declarações do arguido neste contexto e perante o tipo incriminador (art.359º, nº1 do CP) serão atípicas (Beleza/ Pinto, 2001: 109).

Não existe um direito de mentir ao arguido. Porém, a liberdade que existe nas declarações contém, se isso lhe parecer mais útil para a sua defesa, a falsidade. Como estratégia de defesa o arguido pode optar por ocultar a verdade. No entanto, o seu objetivo em mentir deve ser meramente exculpatório, porque se o objetivo for acusar falsamente outra pessoa ou a si mesmo, a situação já será diferente, uma vez que, já está a colidir com o interesse do Estado na descoberta da veracidade dos fatos. Somente nesta situação a mentira descoberta pode ser valorada contra o arguido.

Conforme é do entendimento de Castanheira Neves, a mentira só produzirá efeitos se for explicado o motivo pelo qual o arguido mentiu, ponderando diversas alternativas que

⁶⁷ Cavaleiro de Ferreira explica que não há direito de mentir, mas é suprida a sanção, caso o arguido a ela recorra, uma vez que (...) *pretende-se que as declarações sejam livres, para que, na medida em que proferidas, possam ser verdadeiras ou pelo menos esclarecedoras. É, por isso, de admitir que o arguido prefira não prestar declarações, para não desrespeitar a verdade, mentindo* (Ferreira, 1955: 152).

se poderiam expor, como por exemplo: proteção de um familiar, ocultação de um crime mais grave, entre outros motivos.

Admitir que o arguido possa proferir mentiras, ou ser reticente no momento de interrogatório faz com que as suas declarações percam a credibilidade.

Na opinião de Castanheira Neves o mais razoável seria o arguido optar validamente por não responder (Neves, 1968: 175).

21.3 Direito ao silêncio vs dever de colaboração

O grande objetivo do processo penal é descobrir a verdade, tentando delimitar a existência de um delito, o seu autor e aplicar-lhe a pena adequada. Figueiredo Dias entende que a função essencial do processo penal (...) *cumpre-se na decisão sobre se, na realidade, se realizou em concreto um tipo – legal de crime e, em caso afirmativo, na decisão sobre a consequência jurídica que dali deriva* (Dias, 1974: 36).

O Estado tem o dever de administrar e realizar a justiça, indicando as regras que devem ser observadas para a comprovação do fato ilícito, através da produção de provas. Esta produção de produção de provas deve se verificar até à prolação da sentença, quando é a descoberta a verdade.

Do latim *veritate*, verdade significa a conformidade com o que é real, a realidade. Quando o ser humano, fazendo uso da sua inteligência, através de percepções, tem acesso a um fato, de um juízo da realidade, teremos uma verdade, que se tornará absoluta quando houver plena consciência do conhecimento humano com os fatos ocorridos, e essa, por ser inatingível deixa-nos com a verdade relativa que, no seio processual, resulta do grau de certeza atingido pelo julgador de acordo com o juízo de valor que exara por meio das provas produzidas de acordo com o sistema probatório estabelecido. Uma verdade só poderá ser considerada válida num processo, quando estiver subjacente a legalidade. A verdade deve ser balizada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico.

O julgador deve tentar alcançar sempre a verdade, deve ter a certeza⁶⁸ que tomou conhecimento da realidade tal como os fatos ocorreram. Se ainda existe a dúvida assiste ao arguido o princípio do *in dubio pro reo*, princípio que se articula com o princípio da presunção de inocência (Canotilho/Moreira, 1993: 203).

A busca da verdade não compete ao arguido, mas sim ao Estado, munido do princípio da investigação judicial. Como adverte Figueiredo Dias (...) *a relação intercedente entre o arguido e a finalidade de obtenção da verdade que o processo penal visa se encontra como que “cortada” – no sentido de que aquele não é obrigado a participar nesta finalidade através das suas declarações e não é, portanto, destinatário próprio do respectivo dever de colaboração na administração da justiça penal* (Dias, 1974: 448).

O arguido é livre para responder ou não às perguntas que lhe são formuladas, uma vez que tem o direito ao silêncio. Por isso, não se pode contar, como regra, com a sua colaboração. Como salienta Teresa Beleza (...) a pretensão punitiva do Estado não deve levar à exigência de colaboração sancionável do próprio acusado, nem este pode ficar minimamente diminuído nas suas possibilidades de defesa (...) *o arguido silencioso não pode ser prejudicado por não querer colaborar na sua própria condenação, nem na sua própria absolvição. Ele pode comportar-se como mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo responsável por essa atitude passiva (não tem o dever de colaborar) nem podendo ser por ela penalizado (não tem o ónus de colaborar)* (Beleza, 1998: 49-50).

O Estado tem o dever de buscar as provas necessárias para a investigação do fato ilícito. Vitor Grevi entende que o direito de não colaborar com a justiça por parte do arguido, é um princípio de civilidade típica do processo acusatório. Tendo em conta a liberdade e autodeterminação do arguido, este pode optar por colaborar ou não com o Estado, na descoberta da verdade (Grevi *apud* Ristori, 2007: 160).

⁶⁸ *A certeza é a apreensão e consciência da verdade. É um estado de ânimo, que se apresenta quando se forma o convencimento de se ter atingido a verdade* (Queijo, 2003: 29).

Importa questionar se estamos face a um direito absoluto. Será possível obter informações do arguido, sem violar a sua liberdade, a sua dignidade? O silêncio do arguido no interrogatório e outras fases processuais, não pode consubstanciar um direito absoluto.

A resposta a esta questão gera conflitos⁶⁹, uma vez que estão aqui em causa dois ou mais direitos fundamentais ou direitos constitucionalmente garantidos. É admissível a limitação de um direito fundamental, em prol de outro direito fundamental, uma vez que não existem direitos absolutos. Assim sendo, verifica-se aqui uma colisão de direitos entre o direito ao silêncio e a segurança pública. O direito ao silêncio, como interesse individual, o direito fundamental de não produzir prova contra si mesmo, e por outro lado, o interesse da sociedade em administrar a justiça, que também necessita de proteção.

A CRP não identifica expressamente o direito ao silêncio, como já anteriormente referido, nem descreve os limites do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Segundo o entendimento de Elizabeth Queijo, esses *limites (...) são imanentes, implícitos e decorrem da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento, em sede constitucional* (Queijo, 2003: 355).

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* apresenta três significados diferentes: o direito de não ser interrogado pelo juiz, o direito de não se auto-incriminar e o direito ao silêncio.

A busca da verdade nunca poderá ser atingida violando a dignidade humana⁷⁰, nem dela fazer depender a colaboração do arguido.

⁶⁹ Como entende Gomes Canotilho (...) *considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular (...) A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. A colisão ou conflito de direitos fundamentais encerra, por vezes, realidade diversas nem sempre diferenciadas com clareza* (Canotilho, 2003: 1270).

⁷⁰ Como explica Elizabeth Queijo, *A dignidade da pessoa humana é um limite intransponível, já que é valor fundamental tutelado pela Constituição, que deverá igualmente ser observado nas restrições ao nemo tenetur se detegere. Vedam-se, assim, as provas produzidas mediante restrições ao nemo tenetur se detegere que imponham ao acusado a submissão a meios vexatórios, humilhantes ou nos quais haja violação ao pudor. Outro limite que não pode ser ultrapassado nas restrições ao nemo tenetur se detegere é a saúde do acusado, que não poderá ser exposta a perigo* (Queijo, 2003: 360).

Desta forma, a regra é o Estado promover a busca da verdade pelos seus próprios meios, sem a colaboração do acusado, uma vez que ao acusado assiste o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Este princípio é susceptível de limitações, mas estando sempre garantido o seu núcleo essencial. Embora tal situação cause uma dualidade antagónica, entre o interesse individual do arguido em proteger a sua liberdade, e por outro lado, o interesse estatal de punir o autor do crime.

O ato do interrogatório necessita da participação ativa do arguido, cuja colaboração dependerá do seu consentimento, depois da advertência que dispõe do direito de se remeter, garantindo sempre que o mesmo esteja liberto de qualquer tipo de coação que possa retirar a sua liberdade de autodeterminação.

22. Proibições de prova: conceito e inadmissibilidade de meios de prova ilicitamente obtidos

O princípio da presunção de inocência, previsto no art. 32º, nº2 da CRP enquanto princípio de prova (...) *significa que toda a condenação deve ser precedida de uma atividade probatória, a cargo da acusação, necessária a firmar a responsabilidade do arguido, não cumprindo a este a prova da sua inocência* (Silva, 2000: 303). O arguido deixa de ser visto como mero objeto do processo para ser visto como um verdadeiro sujeito processual dotado de direitos e deveres processuais, legalmente definidos⁷¹, tal como decorre expressamente dos arts. 60º e 61º do CPP.

Ao processo penal, têm de ser carreados todos os meios de prova necessários à demonstração da existência de crime, da punibilidade do arguido e à determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis ao arguido, consistindo a prova dos factos na demonstração da sua realidade em juízo (art. 341º do CC).

A prova enquanto atividade probatória é o *esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis* (Mendes, 2004: 133), como determina o art. 124º, nº1 do CPP.

As provas enquanto meios de prova *são os elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados* (Mendes, 2004: 133).

A prova enquanto resultado da atividade probatória é a *motivação da convicção da entidade decidente acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica* (Mendes, 2004: 133).

⁷¹ A estrutura acusatória do Processo Penal (...) *delimita o princípio da presunção de inocência não só como atribuição do ónus da prova ao tribunal, mas também como direito do arguido a ser sujeito do processo e, por conseguinte, não ter de participar coactivamente na produção de prova* (Palma, 1994: 109).

As partes têm o direito de introduzir novas provas no processo para demonstrar a veracidade das suas alegações com o intuito de formar o convencimento judicial. Germano Marques da Silva diz que o direito à prova é (...) *a faculdade que têm os sujeitos processuais de participar activamente na produção da prova, quer requerendo a sua admissão no processo, quer participando na sua produção* (Silva, 2000: 116).

Não se trata de um direito absoluto, existem limites para admissão e produção de uma prova, utilizando a expressão já referida de Figueiredo Dias (...) *diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o institui* (Dias, 1974: 8-9).

As medidas coativas e probatórias que sobre o arguido recaiam, não podem ter como finalidade a extorsão de declarações incriminatórias ou ainda qualquer outra forma de auto-incriminação.

Assim, interessa estabelecer se o arguido é um sujeito ou objeto de prova, ou ainda se é simultaneamente sujeito e objeto de prova. Enquanto sujeito processual, o arguido tem um importante estatuto jurídico no processo que se concretiza num conjunto de relevantes direitos de intervenção processual (art. 60º e 61º do CPP). Enquanto objeto o arguido é visado pelos atos processuais que podem limitar a sua liberdade, por exemplo medidas de coação, como as previstas no art. 196º e ss do CPP. Poderá ainda ser perspectivado como meio de prova, o arguido, no entanto as suas declarações não são sujeitas a juramento, ao contrário das testemunhas.

Esta dupla natureza do estatuto do arguido, consagrada no art. 60º do CPP, subentende a preocupação do legislador quanto ao momento e à forma de constituição de arguido, a necessidade de articulação da investigação criminal com o momento em que a pessoa deve ser constituída como arguido, para beneficiar, entre outros, do direito ao silêncio, quanto aos atos que a podem incriminar (art. 61º, nº1, al.d) do CPP).

As declarações do arguido deixaram de ser entendidas como simples meio de prova, para serem vistas como uma manifestação do direito de defesa relativo ao arguido. Assim, se explica o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* com raiz garantística e liberal obtenha (...) *o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual* (Andrade, 1992: 122).

A liberdade de declaração do arguido pode ser vista em duas vertentes: *positiva, que se manifesta no direito irrestrito de intervenção e declaração em abono da sua defesa; e negativa, enquanto direito contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias* (Sá, 1998: 50-51).

Quando se diz que no processo penal se busca a verdade material, esta *há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela, mas também no sentido de uma verdade que não, sendo «absoluta» ou «ontológica», há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida* (Dias, 1974: 193-194).

Explica Elizabeth Queijo que, *Se não houvesse limitações ao direito à prova, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido à custa de violações a direitos, poderia ser introduzido no processo e valorado, o que conduziria à adoção de um modelo de processo autoritário e distante da ética* (Queijo, 2003: 374).

Verifica-se uma exceção em relação à produção ou valoração de prova proibida quando esta seja necessária para salvaguardar interesses superiores ao processo penal. Tem sido objeto de estudo pela doutrina, se para a prevenção de perigos se recorreria a institutos como a legítima defesa e o direito de necessidade, para justificar a utilização de meios de prova proibidos, por exemplo, a prática da tortura como única forma para localização de um artefato explosivo com o qual terroristas ameaçam um sem-número de pessoas (Ristori, 2007: 164).

Tendo em conta a epígrafe do art. 126º do CPP “métodos proibidos de prova”, podemos afirmar que este preceito legal incide sobre os meios de prova e os meios de obtenção de prova. A amplitude da expressão utilizada pelo legislador, visa incluir qualquer (...) *método de prova, ou seja, todo e qualquer instrumento intelectual usado com o fim de provar um facto juridicamente relevante* (Albuquerque, 2008: 319).

Os sujeitos passivos dos métodos proibidos de prova abrangem para além do arguido, as testemunhas, as partes civis, o perito e o intérprete. Por seu turno, os sujeitos ativos dos métodos proibidos de prova, além dos agentes de Estado são quaisquer particulares (Andrade, 1992: 197-212-213).

Tanto na CRP como o CPP proíbem determinadas provas. A CRP considera invioláveis tanto a vida humana como a integridade moral e física das pessoas, como mencionado no art 24º e 25º.

Como mencionado no art. 32º, nº8 da CRP em consonância com os arts. 5º e 12º da DUDH, 3º e 8º da CEDH e 7º do PIDCP, a CRP culmina com a sanção de nulidade.

O CPP distingue os temas da prova proibidos (configurados por Roxin como os limites à descoberta da verdade) – aqueles que a lei não permite que sejam investigados (por exemplo o segredo de Estado – art. 137º CPP e 182º do CPP); os meios de prova

proibidos – aqueles que a lei não permite a sua valoração, uma vez que lhes falta um determinado requisito legal (por exemplo as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido, quando aquele se remete ao silêncio – art. 345º, nº4 do CPP); os métodos proibidos de obtenção de prova, pois não podem ser contrários aos direitos de liberdade, salvo, autorização constitucional, ou violadores das formalidades relativas ao procedimento de obtenção das provas, previstos no art. 126º, nº2 do CPP e ainda as proibições relativas de prova, uma vez que há casos em que a obtenção da prova somente pode ser ordenada ou produzida por certas pessoas, como exemplo: art. 177º, 178º, 180º e 187º do CPP (Roxin, 2000: 191).

Costa Andrade refere *que as proibições de prova são barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo* (Andrade, 1992: 83-84).

A justiça é um valor que deve ser alcançado, mas, porque numa sociedade livre e democrática, os fins não justificam os meios, só será louvável quando atingida no respeito dos valores atinentes à pessoa humana, não pelo desrespeito, pela mentira, pelo uso da força.

A descoberta da verdade necessita de conviver com a tutela de outros valores no processo penal. A verdade pode vir a ser sacrificada caso não seja possível alcançá-la por outro modo que não a produção de uma prova proibida. No mesmo sentido, refere Germano Marques que *A verdade processual não é um valor absoluto e, por isso, não tem de ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse “preço” é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas* (Silva, 2000: 191).

Existem várias posições doutrinárias acerca da admissibilidade ou não de provas ilicitamente obtidas, assim como não existe consenso relativamente à terminologia usada para defini-las, como prova proibida ou proibição de prova, prova ilegal ou ilegalmente obtida, prova nula, prova viciada, entre outras. Para CostaAndrade, o termo que melhor se adequa é o de prova proibida, uma vez que torna claro qual o tratamento que deve ser aplicado às provas ilicitamente obtidas, seja qual for a proibição da sua admissão e a proibição da sua valoração (Andrade, 1992: 83-84).

A doutrina divide-se em relação à admissibilidade da prova sem observância das regras processuais, e como refere Adriana Ristori *aqueles que admitem a sua validade e eficácia argumentam que, se a sua introdução no processo foi consentida, é irrelevante a forma como foi obtida*, mas por outro lado considera que (...) *tais provas não devem ser admitidas, não sendo suficiente a punição daqueles que infringiram o ordenamento jurídico para a produção da prova, pois resulta incongruente que a repressão de um delito*

se realize diante uma prática ilícita. Não é possível que o Estado-juiz se valha de meios ilícitos para buscar provas para a descoberta da verdade, embora (...) há ainda aqueles que defendem a inadmissibilidade da prova, em uma visão unitária, acerca da ilicitude material da obtenção da prova, e da sua inadmissibilidade processual, sob o prisma da inconstitucionalidade (Ristori, 2007: 166-167).

Quando se verifica a violação de uma norma constitucional expressa ou um princípio constitucional, a prova recolhida é inadmissível e todas as que derivam dela⁷², assim (...) *as provas que atentam contra os direitos de liberdade arrastam um efeito à distância que consiste em tornarem inaproveitáveis as provas secundárias a elas casualmente vinculadas (Mendes, 2004: 152).*

O art. 122º, nº1 do CPP refere-se ao efeito-à-distância, estabelecendo que *As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem⁷³ e aqueles puderem afectar.*

Costa Andrade refere-se ao efeito-à-distância dizendo que *O efeito-à-distância parece, assim, configurar um momento nuclear do fim de protecção do art. 126º do CPP na direcção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio nemo tenetur se ipsum accusare (Andrade, 1992: 315).*

A constituição portuguesa, no seu art. 32º, nº8 estabelece que *São nulas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.* Face ao que o legislador consagrou no artigo referido, Costa Andrade entende que o legislador português associou as proibições de prova ao regime das nulidades (Andrade, 1992: 313). No entanto, as proibições de prova têm um regime próprio, não

⁷² Um exemplo: uma gravação telefónica efetuada sem autorização judicial que contém elementos da prática de outros delitos. As provas obtidas dessa gravação serão ilícitas por derivação.

⁷³ *Mais do que uma dependência cronológica exige-se uma dependência real ou efectiva. O acto inválido deve constituir a premissa lógica da actividade sucessiva, de modo que, na sua falta, aqueles também não podem sobreviver autonomamente. Por outras palavras, os dois devem estar interligados por um nexó funcional, que torna a validade de um imprescindível à validade de outro (Correia, 1999: 185).*

apenas o das nulidades⁷⁴ e, como refere João Conde Correia (...) *as regras gerais sobre as nulidades processuais penais não se aplicam às proibições de prova* (Correia, 1999: 156). Isto significa que não se pode valorar as provas que se conseguem por meios ilícitos, pois tal conduziria à sua nulidade, tendo em conta a estatuição o art. 126º, nº1 do CPP.

Existe uma distinção entre proibições absolutas⁷⁵ e proibições relativas⁷⁶.

No art. 126º do CPP, estão previstas a distinção entre provas de proibição absoluta nos números 1 e 2, e relativas no número 3, logo as obtidas com violação dos números 1 e 2 são nulas não podendo ser utilizadas, ou seja, consubstanciam uma nulidade insanável. No caso do número 3 podem ser obtidas com o consentimento do titular, ou mediante autorização emanada por certas autoridades, nos termos da lei, podem ser utilizadas, ou seja, a nulidade de prova proibida que atinge direitos à privacidade previstos no art. 126º, nº3 do CPP, é sanável pelo consentimento do titular do direito. A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou intromissão ilegal. O titular do direito pode dar o consentimento *ex ante* ou *ex post facto*. Se é aceitável que o titular do direito possa consentir na intromissão da esfera jurídica do seu direito, por maioria de razão, também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do ato, com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida. Assim, a doutrina⁷⁷ que entende que a proibição de prova configura uma nulidade absoluta, tanto no art. 126º, nº 1 e 2 como no nº3 não é defensável⁷⁸. Aliás, o entendimento de que a proibição de prova é uma nulidade absoluta

⁷⁴ Art. 118º, nº3 do CPP *As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativa a proibições de prova.*

⁷⁵ Provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa. São absolutamente proibidas, isto é traduzem-se em nulidades absolutas de prova.

⁷⁶ A intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, uma vez que podem ser produzidas com o consentimento do titular dos direitos em causa, ou ainda com as restrições à inviolabilidade desses direitos conforme o art. 32º, nº2, 3 e 4 da CRP. São métodos relativamente proibidos, nulidades relativas de prova.

⁷⁷ Por exemplo: (Pimenta, 1991: 378 e 398); (Meireis, 1999: 190-191); (Correia, 1999: 160); (Silva, 2002: 295).

⁷⁸ Este entendimento é sustentado nas posições de: (Seiça, 1999: 94, 123 e 124); (Andrade, 1992: 88,89 e 203).

também no nº3 do artigo referido contraria a jurisprudência do TEDH. O entendimento do TEDH, é que ao dar relevância à vontade do arguido nas intromissões dos direitos à privacidade, não viola o art. 6º, nº1 da CEDH, desde que seja assegurado o contraditório na audiência.

A nulidade de prova proibida pode ser conhecida em qualquer fase do processo, quer a prova já tenha sido utilizada pelo tribunal, quer não. Neste caso, será declarada a nulidade da prova, com a sua rejeição. Em alguns casos, é importante a ponderação da necessidade de valoração da prova que infrinja a privacidade do visado tendo em conta o carácter intrusivo do meio de prova.

O essencial é saber distinguir se o vício em causa é referente a uma prova proibida⁷⁹ ou de uma prova admissível⁸⁰, mas produzida sem se verificar as regras de produção da prova que asseguram a sua realização, ou seja, não se encontra de acordo com a lei. O art. 118º, nº3, declara expressamente que as disposições sobre nulidades não prejudicam as proibições em matéria de prova, ou seja, quando o código declara certas provas proibidas ou certos métodos de obtenção da prova, como por exemplo a tortura, nos termos do art. 126º, nº1 do CPP, teremos que ver qual é a sanção que o código estabelece para esta proibição.

Doutrinalmente é defendido que excepcionalmente se poderia admitir a produção de provas proibidas quando tal seja necessário para a salvaguarda de interesses transcendentais ao processo penal. Na situação já referida de legítima defesa ou em estado de necessidade, justificar-se-ia o recurso a meios de prova proibidos.

O CPP só exclui das regras gerais sobre as nulidades os preceitos relativos às proibições de prova. Ou seja, o CPP proíbe certos meios de prova em absoluto (por exemplo: documento que contiver declaração anónima, art. 164º, nº2), ou meios de

⁷⁹ Nunca podem ser valoradas.

⁸⁰ Mas recolhida com inobservância do modelo legal, há que apontar os vícios que abrangem desde a inexistência à absoluta nulidade.

obtenção de prova (tortura⁸¹). Em relação a outros meios, a proibição só se verifica quando não há consentimento da pessoa.

De acordo com o estipulado no art. 125º do CPP, a prova deve ser produzida tendo em conta o processo justo e leal, assente no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, não serão de admitir os meios de prova que se demonstrem contrários ao sistema processual.

No entendimento de Mário Ferreira Monte, o art. 125º do CPP (...) *nunca poderia ser interpretado no sentido de que em processo penal, para efeitos de provas, o que não for proibido será permitido. Desde logo não poderia ser assim pela própria Constituição* (Monte, 2006: 255).

Figueiredo Dias entende que *Têm de considerar-se proibidos e inadmissíveis em processo penal todos os meios de interrogatório e de obter declarações que importem em ofensa à dignidade da pessoa humana, à integridade pessoal (física ou moral) do arguido, em especial os que importem qualquer perturbação da sua liberdade de vontade e de decisão* (Dias, 1974: 454).

A prova proibida, como já referido contamina a prova a restante prova se houver um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova proibida e a restante prova.

O arguido pode contestar a realização de quaisquer diligências de prova, uma vez que, se não o fizesse estaria a sacrificar a existência dos direitos essenciais à não auto-incriminação e seus direitos de defesa, conforme o art. 32º, nº1 da CRP.

A obrigação de se sujeitar a diligências de prova tem que ser com respeito do direito fundamental à não auto-incriminação, uma vez que o arguido não pode ser um objeto de prova, nem ser obrigado a contribuir para a sua própria culpabilidade. O arguido é um sujeito processual, os seus atos devem expressar a sua personalidade de forma livre, assim como as suas declarações, devem acontecer de sua livre vontade.

⁸¹ Por exemplo se um arguido for torturado durante o interrogatório, essas declarações que foram produzidas não podem ser valoradas, uma vez que se trata de uma prova proibida.

As finalidades primordiais do Processo Penal são: realização da justiça e a descoberta da verdade material, proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas e, o restabelecimento da paz jurídica comunitária.

O processo Penal jamais poderia existir validamente, se não tivesse a intenção de estabelecer a justiça e a verdade, daí que é necessário a imposição de sanções quando determinados bens jurídicos são colocados em causa.

No entanto, a descoberta da verdade não deve ser uma finalidade alcançada a todo o custo. É necessário que a verdade seja alcançada de modo processual válido e admissível, e com o absoluto respeito dos direitos fundamentais do arguido e de todos os envolvidos no processo.

O direito ao silêncio, enquanto liberdade comunicacional, encontra o seu fundamento jurídico em diversos diplomas internacionais, na CRP, ainda que implicitamente e no CPP. Sendo um direito de não auto-incriminação, uma garantia de defesa que todos os cidadãos tem direito, tem um campo de abrangência muito grande, baseado num dos pilares de Estado de Direito: Dignidade da pessoa humana.

Em jeito de conclusão, o art. 32º, nº8 da CRP dispõe que *são nulas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*. Este preceito permite-nos concluir que se a intromissão já não for abusiva as provas serão admitidas. Intromissão abusiva, nas palavras de Augusto Meireis verifica-se quando (...) *essa intromissão não estiver prevista na lei; não seja um daqueles casos em que a lei, constitucional ou ordinária, permite a obtenção deste tipo de prova* (Meireis, 1999: 173).

No art. 126º do CPP encontramos os métodos proibidos de prova, no entanto, o nº3 do preceito referido, as provas serão válidas se houver consentimento do titular. Mas, relativamente aos direitos fundamentais que decorrem da pessoa humana (vida, integridade física e moral) a sua restrição é absolutamente proibida, não havendo qualquer ressalva, sendo certo que as provas obtidas com base nesta restrição serão proibidas ou inadmissíveis (art. 126, nº1 e 2 do CPP), uma vez que são *direitos fundamentais insusceptíveis de restrição para efeito de prova* (Meireis, 1999: 189 a 192).

No que concerne á nulidade de prova, tendo em conta o art. 118º, nº3 do CPP, não será de admitir para as proibições de prova o regime constante entre o art. 118º e 123º do CPP, existindo um regime especial que se aplica às regras relativas às proibições de prova, o art. 126º do CPP.

Assim, dispõe o art. 126º do CPP que são nulas, não podendo ser utilizadas⁸², todas as provas que atentem contra os direitos atinentes à pessoa humana (por exemplo a tortura). Esta estatuição é absoluta, ou seja, basta estarmos face a uma prova obtida em desrespeito da dignidade humana que a consequência imediata é ser nula, não podendo ser utilizada. O nº3 do artigo em questão consagra que são igualmente *nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem consentimento do seu titular*. A nulidade aqui só se verifica se não se verificar o consentimento do titular, os direitos fundamentais em questão não se prendem com a dignidade da pessoa humana, estão em causa direitos disponíveis, e como tal passíveis de restrição. Caso não se verifique o consentimento, a nulidade do art. 126, nº3 é a mesma do nº1.

O regime da forma de obtenção de prova, quando esteja em causa a restrição de direitos fundamentais, já é por si só excecional, daí que importa a existência de um regime especial para as consequências da sua violação. Assim, não são de aplicar as regras gerais dos vícios processuais nos meios de obtenção de prova restritivos de direitos fundamentais, basta analisar como já referido o art. 118º, nº3 do CPP.

As nulidades de prova, cujo regime é muito semelhante às nulidades insanáveis – são de conhecimento oficioso e não existe prazo para a sua arguição -, com as especificidades da prova não poder ser utilizada (é, portanto, inadmissível e, assim sendo, não é possível a validação desta nulidade sui generis com o trânsito em julgado da decisão) e de, ao contrário do acontece com as nulidades insanáveis que não podem ser utilizadas para qualquer efeito, sobre si recai uma proibição de valoração probatória no próprio processo, contaminando todas as demais que dela tenham sido oriundas – o efeito-à-distância, apenas podem ser valoradas para efeitos de investigação num novo e autónomo processo penal (Conceição, 2009: 193-194)⁸³.

⁸² Esta expressão pretende traduzir a proibição de valoração destas provas, a sua valoração só é permitida nos termos do nº4 do mesmo artigo, ou seja, para iniciar um processo criminal contra os agentes que utilizaram este meio de prova proibido.

⁸³ Se uma sentença baseia a sua decisão em provas obtidas tendo por base métodos proibidos de obtenção de prova, a decisão é inconstitucional, pois está a desrespeitar também os direitos fundamentais que se pretendem proteger com a proibição dos referidos métodos. Por exemplo, numa decisão judicial que

É importante distinguir proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova⁸⁴.

As proibições de prova (meios de obtenção de prova proibidos), ou seja, é proibida a produção de prova através daqueles meios, são os previstos no art. 126º, nº2 e 3 do CPP. A proibição de valoração é a impossível valoração da prova proibida. A proibição de valoração encontra-se relacionada com o efeito à distância, ou seja, a proibição de valoração, impede que as provas sejam valoradas, assim como todas as que dela derivam. Verifica-se que a proibição de valoração é imposta pelo legislador quando refere *não podendo ser utilizadas*. De uma forma conclusiva, a proibição de produção de prova origina sempre uma proibição de valoração (Conceição, 2009: 195).

Relativamente ao efeito-à-distância das proibições de prova, também conhecido pela Teoria da Árvore Envenenada, consagrado no art. 122º, nº1 do CPP⁸⁵, este consiste na transmissão do vício provocado pela nulidade de prova para os restantes fatos que da mesma são oriundos, ou seja, se através de um meio de obtenção de prova ilegal se obtém um meio de prova, para além de caírem na proibição de valoração, todos os restantes meios de prova não poderão fundamentar uma decisão judicial. Este regime culmina com o estipulado no art. 32º, nº8 da CRP. Nas palavras de Ana Raquel Conceição *inexistindo a propagação do “veneno”⁸⁶ dos meios de prova proibido para os factos que deles tiveram a sua origem ou foram dependentes, poder-se-ia considerar que se estaria a impulsionar a utilização de provas proibidas* (Conceição, 2009: 198).

condena o arguido, baseando a condenação numa escuta telefónica, onde as condições de admissibilidade ou formalismo não foram respeitados, estamos face a uma situação do art. 126º, nº3 do CPP, desrespeitando também o art.18º, nº2 e 34º, nº4 da CRP, sendo uma decisão inconstitucional (Conceição, 2009: 194).

⁸⁴ Segundo Costa Andrade é o ponto mais controverso no regime das proibições de prova. *E tudo permite acreditar que este paradigma, assente na identificação e autonomização da proibição de valoração e na definição do seu regime, continuará a polarizar o discurso e a experiência das proibições de prova* (Andrade, 1992: 90 e ss).

⁸⁵ Art. 122º, nº1 do CPP – *As nulidades tornam inválido o acto que se verificar, bem como os que deles dependerem e aqueles puderem afectar.*

⁸⁶ Expressão de Costa Andrade (Andrade, 1992: 314).

Segundo Costa Andrade *O efeito-à-distância parece, assim, configurar um momento nuclear do fim de protecção do artigo 126º do CPP na direcção do arguido* (Andrade, 1992: 315).

Se não existisse esta figura do efeito-à-distância, seria possível obter “frutos” com a prática de crimes. Só com a figura do efeito-à-distância se assegura que a prova ilícita, obtida por meios ilícitos, não produz qualquer efeito no processo penal.

23. Direito ao silêncio e a proibição de métodos que perturbem a condição física e psicológica do arguido

Uma das decorrências do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e da dignidade humana é a proibição da utilização de métodos no interrogatório que perturbem a manifestação livre, espontânea e consciente do arguido.

Mesmo que o arguido consinta, o interrogatório não pode nunca ser realizado sob nenhuma das hipóteses constantes do art. 126º, nº1 e 2 do CPP⁸⁷. Assim, o objetivo é proteger a liberdade de autodeterminação da pessoa. A utilização de tais métodos avilta os princípios do Estado Democrático de Direito (Ristori, 2007: 139).

A principal finalidade do interrogatório não é obter a confissão do arguido, como outrora. O interrogatório pretende o estabelecimento da identidade do acusado e possibilita a sua defesa imediata. Atualmente, o interrogatório respeita a dignidade humana, como vetor fundamental da construção do ordenamento jurídico português, não aceitando o uso da força, coação ou ameaça, ou qualquer trato desumano ou degradante para obrigar as pessoas a confessar, e até, a confessar o que por vezes não praticou.

Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam que a tortura é a forma mais agravada de tratamento cruel e desumano, revelando-se em (...) *qualquer acto originador de dor ou*

⁸⁷Costa Andrade refere que (...) *nada parece impor a conclusão de que no artigo 126º do CPP se contenha uma enumeração taxativa dos métodos proibidos de prova* (Andrade, 1992: 216).

sofrimentos agudos, físicos ou mentais, intencionalmente infligidos a uma pessoa para dela obter informações, a intimidar ou a punir (Canotilho/Moreira, 1993: 177-178).

Quanto à coação, constitui um ataque contra a liberdade, impondo a vontade de quem interroga sobre o interrogando, impedindo-o de realizar uma atividade não querida e o proibindo de exercer o seu direito ao silêncio.

A ameaça consiste num anúncio de um mal indeterminado, suscetível de produzir intimidação no interrogando.

Estes métodos utilizados representam reais formas de tortura, afetam a resistência física ou mental do arguido, levando a que as suas declarações não sejam resultantes da sua livre determinação. Tal verifica-se quando o interrogatório ao arguido se verifica por várias horas, durante a noite, até durante dias, conduzindo o arguido à mais pura exaustão tanto mental como física, impedindo que faça declarações com plena consciência das consequências das suas respostas às perguntas que lhe são efetuadas⁸⁸. Elizabeth Queijo refere que *O interrogatório assim realizado acaba por violar o nemo tenetur se detegere, porque o acusado perde ou tem reduzida a sua capacidade de avaliação com relação às indagações feitas. O cansaço, a pressão psicológica exercida pelo tempo e pela sucessão de perguntas, o ambiente a que ele fica submetido, podem influenciar a sua liberdade de autodeterminação no interrogatório* (Queijo, 2003: 226). Desta forma, o art. 103º, nº3 e 4 do CPP, estabelece os limites de tempo para os interrogatórios do arguido. Em consonância com este artigo, o interrogatório ao arguido não pode ser efectuado entre as 0 e as 7 horas, salvo nos casos seguidos à detenção nos casos do art. 174º, nº5, al. a), ou quando o próprio arguido o solicite. Ainda no art. 103º, nº4 do CPP se verifica que o interrogatório ao arguido não pode exceder as quatro horas, podendo ser retomado, em cada dia, por uma só vez e idêntico prazo máximo, após um intervalo mínimo de sessenta minutos. No art. 103º,

⁸⁸ *Nos anos 70, na Irlanda do Norte, várias pessoas que eram suspeitas de envolvimento em atividades terroristas foram detidas e submetidas a prolongados interrogatórios, com aplicação de cinco técnicas especiais, denominados de desorientação ou privação sensorial, com o objetivo de arrancar confissões, informações ou denúncias, e consistiam em: a) colocar em pé contra a parede, obrigando os detidos a permanecer assim por horas, em posição de tensão; b) manter encapuzado, salvo durante o interrogatório; c) submeter a ruído monótono e contínuo, antes dos interrogatórios; d) privar do sono, antes dos interrogatórios; e) privar de alimentos* (Haddad apud Ristori, 2007: 140-141).

nº5 do CPP, verifica-se as nulidades das declarações, e que, assim sendo, não podem ser utilizadas como prova, as declarações prestadas para além dos limites de tempo estabelecidos no nº 3 e nº4 do artigo referido.

O nosso ordenamento jurídico não aceita os meios que perturbem a condição física ou psicológica do arguido, nomeadamente a hipnose, polígrafos, narcoanálises, entre outros, uma vez que afetam a liberdade de autodeterminação, condicionam a vontade e invadem a intimidade do arguido.

São métodos que devem ser excluídos, uma vez que eliminam a liberdade e a dignidade humana, como referido anteriormente e, para além disso, não são confiáveis os resultados e ainda porque não devem depender do consentimento do arguido, mesmo que seja favorável à sua defesa.

Figueiredo Dias rejeita aplicação da narcoanálise e o detetor de mentiras, mesmo que seja favorável ao arguido, uma vez que ofende a dignidade humana, para além de que, é juridicamente inconstitucional (Dias, 1974: 459).

Segundo Costa Andrade, a proibição da aplicação polígrafo para além de salvaguardar os interesses do arguido, também salvaguarda os interesses de terceiros, suspeitos ou acusados, pois, na situação de estar em causa vários arguidos, os que não estiverem de acordo em se submeter ao detetor de mentiras sentir-se-ão pressionados aceitar o método, para que não recaiam suspeitas contra si. Costa Andrade refere mesmo que *Mesmo quando assente no consentimento de um arguido, a utilização do detetor de mentiras acaba por ameaçar o direito fundamental à liberdade de expressão de todos os que se encontram na mesma situação de suspeita* (Andrade, 1992: 78).

No entanto, o autor (Costa Andrade) em harmonia com a minoria da doutrina alemã, entende que devia ser permitida a utilização do polígrafo nos casos em que este método surja como uma última ratio para afastar uma condenação, uma vez que o legislador não o inclui expressamente no elenco dos métodos proibidos de prova.

Por seu turno, os meios cruéis são aqueles que provocam dores físicas ou morais, duradouras ou repetidas e não devem de ser utilizados pela autoridade interrogante. Figueiredo Dias refere-se a tal situação com um exemplo da jurisprudência alemã, que considerou ilegítimo conduzir uma mãe acusada de infanticídio até a presença do corpo de seu filho, de forma a que o choque da mãe ao ver o seu filho a fizesse confesar (Dias, 1974: 455).

Tendo em conta o que já foi referido, a utilização de meios enganosos para obter provas não é permitido. A utilização destes meios constituem uma conduta deslial e

indigna do Estado de Direito, que tem que proceder com o respeito necessário a toda a pessoa.

A verdade não pode ser obtida com a utilização de qualquer método, mas sim com os que são processualmente lícitos.

As perguntas devem ser claras, pertinentes e formuladas de modo a não induzirem o arguido em erro, não sendo admissíveis perguntas sugestivas ou quaisquer outras que possam prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas. Assim, não se pode prometer a liberdade ao arguido em troca da sua confissão ou a concessão de um tratamento prisional privilegiado, ou ameaça-lo quanto ao prolongamento da prisão preventiva, caso se remeta ao silêncio. *Vittorio Grevi acredita que a única tática a ser utilizada pelo juiz no interrogatório é a persuasão, na tentativa de descobrir a verdade* (Grevi apud Ristori, 2007: 143).

A autoridade que procede ao interrogatório não pode informar o arguido que existem provas contra ele, ou que o co-arguido confessou, com a intenção de enganar o arguido e obter dados que, se não o enganasse não iria obter.

Assim, no interrogatório devem ser formuladas as perguntas com lealdade e clareza, sem a intenção de colocar embustes para surpreender o arguido. Autoridade interrogante deve nas suas perguntas utilizar palavras de fácil compreensão para o arguido, já que a declaração recebida deve ser consciente, livre e voluntária.

24. Consequências da inobservância do direito ao silêncio

Muitas são os atos atitudes que violam o direito ao silêncio.

Segundo Figueiredo Dias refere que *Têm de considerar-se proibidos e inadmissíveis em processo penal todos os meios de interrogatório e de obter declarações que importem em ofensa à dignidade da pessoa humana, à integridade pessoal (física ou moral) do arguido, em especial os que importem qualquer perturbação da sua liberdade de vontade e de decisão* (Dias, 1974: 454).

Quaisquer restrições a direitos, liberdades e garantias fundamentais serão intoleráveis, uma vez que não respeitam a dignidade humana e, as provas que serão obtidas através dessas restrições serão proibidas⁸⁹, mesmo que aparentemente só tenham sido violadas formalidades processuais.

Todo o ato produzido mediante a tortura, coação ou ofensa da integridade física ou moral das pessoas é uma prova proibida, não podendo assim ser valorada⁹⁰ face ao previsto no art. 32º, nº8 da CRP e art. 126 do CPP.

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

O objetivo primordial é a proteção da integridade moral da pessoa, não permitindo métodos que possam condicionar de alguma forma a sua liberdade e perturbar a sua vontade. Sendo o arguido um sujeito processual e não um mero objeto, os seus atos devem expressar livremente a sua personalidade.

As declarações do arguido devem surgir de uma vontade livre, seguidas da advertência do seu direito ao silêncio, a fim de que o arguido possa escolher entre cooperar com a investigação em causa ou não.

⁸⁹ Elizabeth Queijo refere que (...) *dada a ilicitude da prova produzida com a violação a direitos fundamentais, como é o nemo tenetur se detegere, a consequência dessa violação não pode ser tratada somente no âmbito das nulidades, mas sobretudo deve ser enfocada sob o prisma da inadmissibilidade da prova assim colhida* (Queijo, 2003: 396).

⁹⁰ (...) *tendo perdido toda a sua utilidade, serviriam apenas para que o juiz tivesse conhecimento de algo que não podia conhecer; e já que é difícil fazer de conta que nada se passou, que nada se conheceu, é já mais fácil evitar que o conhecimento venha a surgir. Esta é a solução que configurará a via normal de superação e erradicação do vício introduzido com a produção da prova proibida* (Meireis, 1999: 233).

Por isso, a não advertência do direito ao silêncio do arguido, constitui uma violação ao *nemo tenetur*, configurando-se como uma proibição de valoração. Afirma Costa Andrade que Figueiredo Dias⁹¹ assim já pensava em 1974, e que as inovações legislativas, tanto no CPP, quanto na CRP (...) *jogaram invariavelmente no sentido de deixar este entendimento sem alternativa plausível* (Andrade, 1992: 88).

A inobservância das exigências prescritas nos arts. 58º, nº5, 61º, nº1, al.h), 133º e 140º, nº3, 141, nº4, al.a) e 343º, nº1 consubstanciam uma proibição de prova resultante da intromissão na vida privada na medida em que se omite ou se viole o dever de informação e advertência do suspeito ou do arguido. A violação desta proibição resulta numa nulidade das provas obtidas, nos termos do art. 126º, nº3 do CPP (Andrade, 1992: 88-89-203).

Claus Roxin atesta que o Tribunal Supremo Federal alemão tem considerado que o direito ao silêncio, como um dos princípios fundamentais do processo penal, de tal modo que também a sua violação pela polícia deve conduzir a uma proibição de valoração. Advertindo que se o arguido não for informado no primeiro interrogatório do seu direito ao silêncio, mantêm a mesma declaração num momento posterior, porque pensa que não pode retirar-lhe os efeitos, ou a fazer desaparecer, o vício processual segue projetando os seus efeitos, não podendo tal declaração ser valorada (Roxin, 2000: 195-196).

A advertência do direito ao silêncio incompleta também pode ser considerada como uma violação do direito ao silêncio, nos casos em que o arguido confessa por ter receio do seu comportamento silente, uma vez que não tem conhecimento de que não podem lhe ser extraídas qualquer circunstâncias que lhe sejam desfavoráveis.

Embora o arguido seja informado por escrito do rol de direitos e deveres que lhe pertence, é fundamental que a autoridade interrogante informe o arguido do seu direito ao silêncio (no seu dever de informação), sob pena de violação do *nemo tenetur*.

⁹¹ *Deve pois ligar-se à violação daquele dever de advertência o sentido de uma autêntica proibição de prova, que impedirá que sejam valoradas para o processo as declarações prestadas pelo arguido – a menos, é claro, que este as “ratifique” em interrogatório posterior em que o dever de advertência tenha sido cumprido* (Dias, 1974: 88).

A violação do direito ao silêncio do arguido também se verifica quando uma pessoa está ser ouvida na qualidade de testemunha ou suspeito, quando já devia de ter sido constituída arguida e, face a esta situação, as suas declarações são inaproveitáveis.

As perguntas que o arguido não responde não devem ser objeto de argumentação desfavorável, nem devem servir para sustentar uma sentença condenatória, sob pena de violar o *nemo tenetur*. Como já mencionado anteriormente, a consequência que poderá advir para o arguido, quando permanecer em silêncio, é a perda de uma oportunidade para fornecer elementos úteis à sua própria defesa.

Saliente Elizabeth Queijo que as provas que são obtidas a partir do interrogatório em que houve a violação do direito ao silêncio, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, são proibidas (Queijo, 2003: 397). Um exemplo é o caso de um policial que interrogou o arguido, sem ter observado o dever de informação e advertência do direito ao silêncio.

As provas obtidas com a violação do *nemo tenetur*, podem configurar numa nulidade de prova absoluta, quando as declarações do arguido sejam obtidas nos termos do art. 126º, nº1 e 2º do CPP e pelo art. 32º, nº8 da CRP, ou seja, mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física e moral das pessoas. No entanto, se as declarações do arguido forem obtidas com violação do *nemo tenetur se ipsum accusare*, implicando uma intromissão na sua vida privada, como consagrado no art. 126º, nº3 do CPP, configura uma nulidade relativa.

Assim, tudo o que for dito pelo arguido em seu desfavor pode ser valorado pelo tribunal contra o autor das declarações, mesmo que essas declarações não sejam uma confissão. No entanto, o tribunal tem sempre o dever de advertir o arguido do seu direito ao silêncio, não podendo valorar a situação de ele não se disponibilizar a ajudar na investigação. A omissão, ou não informação esclarecida deste direito implica uma proibição de prova, uma vez que constitui uma ilegítima intromissão na privacidade da pessoa sujeita a interrogatório, tendo como efeito a nulidade de prova nos termos do art. 126º, nº3 do CPP, salvo, nos casos em que o arguido consinta.

25. O alcance do direito ao silêncio e o dever de sujeição a diligências de prova

O direito ao silêncio assim como o direito à não auto-incriminação não são direitos absolutos, daí que se admitem restrições, respeitando certos requisitos, nomeadamente a existência de uma lei expressa e o princípio da proporcionalidade.

Ao longo do CPP, assim como noutros diplomas encontramos algumas limitações ao direito ao silêncio do arguido, nomeadamente o dever de responder com verdade às perguntas relativas à sua identificação (art. 61º, nº3, al.b) do CPP, a obrigatoriedade de sujeição a exames (art. 172º, nº1 do CPP), obrigação de realizar exames de alcoolemia e substâncias psicotrópicas no âmbito da legislação rodoviária (art. 152º do Decreto-Lei 44/2005 de 23 de Fevereiro), deveres de cooperação do obrigado fiscal perante a administração tributária, previsto na Lei Geral Tributária, dever de colaboração com as entidades que exerçam atividades de carácter económico e que se encontrem sujeitas a certos deveres de colaboração, como é exemplo disso, o dever de entregar documentos à Autoridade da Concorrência (art. 17º, nº1, al.a e b) da Lei 18/2003 de 11 de Junho.

O alcance do direito ao silêncio não é fácil, uma vez que, o arguido assume uma posição dicotómica no processo, se por um lado é um sujeito processual, por outro é também objeto de medidas de coação ou meios de prova⁹².

Como se verifica no art. 61º, nº3, al.d) do CPP o arguido tem *o dever de sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas pela entidade competente*. Mas, tendo em conta o estipulado no art. 126º do CPP, para que a prova não seja nula não deverá ser obtida mediante ofensa à integridade física ou moral das pessoas.

⁹² Como refere Figueiredo Dias, o arguido constitui um meio de prova em duplo sentido. Pode ser visto como meio de prova em sentido material, através das declarações prestadas sobre os fatos, e ainda, como meio de prova formal, uma vez que o seu corpo pode ser objeto de exames (Dias, 1974: 437-438). Neste sentido, Costa Andrade afirma que (...) *há casos fronteira em que não é fácil distinguir: quando estamos no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coactivamente impostos; ou, quando, inversamente, se invade já campo da inadmissível auto-incriminação coerciva* (Andrade, 1992: 127).

De acordo com o estipulado no art. 61º, nº3, al. d) do CPP, é importante saber se o direito ao silêncio e a não auto-incriminação tem como objeto apenas as declarações do arguido, ou se abrange também a recusa a diligências de obtenção de prova.

Neste sentido existem duas concepções do direito ao silêncio, a maximalista, que defende que o direito ao silêncio abrange também outras formas de cooperação do arguido na produção de prova, passíveis de o incriminar, e não somente as declarações orais (Ramos, 2005: 56). No artigo mencionado (art. 61º, nº3, al.d) do CPP), apenas se verifica a menção “sujeitar”, o que nos leva a entender que ao arguido não é exigida uma colaboração ativa na obtenção de provas, especialmente quando tendem a ser incriminatórias contra si (Albuquerque, 2008: 49). Assim, teria que se distinguir a exigibilidade da sujeição passiva a diligências de prova, da inexigibilidade de um comportamento ativo do arguido, como a entrega de documentos ou a produção de autógrafos, matéria que irei abordar de uma forma mais profunda à frente. Esta será a posição que defendo, uma vez que o direito ao silêncio não se pode consubstanciar apenas em declarações orais, mas sim, em todas as outras situações de cooperação incriminatória com a investigação.

No entanto, existe outra opinião relativamente ao alcance do direito ao silêncio, sustentando esta que, quanto às diligências de prova não é possível invocar o direito ao silêncio, uma vez que o art. 60º do CPP, ao indicar uma série de direitos e deveres do arguido, salvaguarda que as diligências de prova não podem ser por ele prejudicadas (Pinto, 2009: 95-100). Esta vertente entende que, a concepção de uma aplicação extensa do direito ao silêncio não tem fundamento legal, uma vez que o direito ao silêncio pode ser visto como um direito que assiste ao arguido para não lhe ser retirada uma confissão.

De acordo com esta concepção, o arguido tem o dever de sujeição a exames, perícias físicas e psíquicas, a escutas telefónicas, e a qualquer outros meios de prova em relação aos quais exista uma tutela coativa, conforme estipulado no art. 172º do CPP, sendo certo que não se pode esquecer os limites previstos no art. 126º do CPP.

No entanto, como já tem vindo a ser referido, o direito ao silêncio para além de consagrado na nossa CRP, também é salvaguardado em diplomas internacionais, nomeadamente, na CEDH, no PIDCP, ainda que não expressamente. Trata-se de um pilar fundamental de um Estado de Direito: dignidade da pessoa humana.

O direito ao silêncio do arguido e a imposição a diligências de prova ao mesmo deve atender ao princípio da proporcionalidade.

Os elementos que revelam juricamente os fatos relevantes são os denominados meios de prova. Os tribunais normalmente baseiam-se na prova direta que incide sobre os fatos provados e não, nos fatos que permitem uma ligação àqueles. Já a prova indirecta permite que de um conjunto de factos conhecidos diretamente se extraiam os fatos ou circunstâncias desconhecidas de acordo com uma perspectiva razoável e sindicável e relevante de uma experiência de vida medianamente avisada. Um raciocínio que parte de fatos desconhecidos para explicar fatos conhecidos configura uma inversão intolerável das regras da presunção (Garrett, 2007: 8-9).

O princípio da legalidade da prova encontra consagração no art. 125º do CPP, *São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*. Esta norma tem em vista a legitimação das intâncias formais de controlo na descoberta da verdade, com o respeito pelos limites impostos pela ordem constitucional que visam salvaguardar garantias, direitos e liberdades individuais.

No nosso CPP, os meios de prova admissíveis não são taxativos, ou seja, não são apenas os que estão previstos nos arts. 128º a 170º do CPP⁹³, mas também os meios de prova que não forem proibidos por lei e que hajam sido validamente recolhidos, ainda que tenha sido no âmbito de outro processo.

Como já foi referido anteriormente, a matéria de prova é inseparável de um processo justo e leal, tendo com base o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, os meios de prova que se manifestem incompatíveis com o sistema processual vigente não serão de aceitar.

As declarações prestadas pelo arguido no interrogatório, quando não tenham sido respeitadas as formalidades referentes à sua constituição como arguido (art. 58º, nº5 do CPP) não podem ser utilizadas, uma vez que são nulas. No mesmo sentido, as declarações

⁹³ Prova testemunhal, prova por declarações do arguido, do assistente e das partes civis, prova por acareação, por reconhecimento, por reconstituição de fato, prova pericial e prova documental.

prestadas pelo arguido em desconformidade com os limites temporais previstos no art. 103º, nº5 do CPP⁹⁴.

No art. 32º, nº1 da CRP é assegurado ao arguido “todas as garantias de defesa”. Além das contempladas no artigo, também se incluem a garantia do arguido ver excluídas do processo as provas ilícitas, referentes a valores constitucionalmente importantes. Ainda no mesmo artigo, no seu nº8, refere-se que o processo de obtenção de provas não pode atentar contra os direitos de liberdade.

Tendo em conta o art. 61º, nº3, al.d) do CPP é importante salientar de que forma é que o arguido, enquanto sujeito processual, dotado de direitos e deveres, pode ser objeto de investigação em nome da concretização do *ius puniendi* do Estado.

Conforme consagrado no referido artigo, o arguido tem o dever de se sujeitar a *diligências de prova (...) especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente*, sendo certo que nos referimos às diligências que não forem proibidas por lei e que sejam essenciais para a descoberta da verdade material. Apesar de o artigo estipular que o arguido tem o dever de se sujeitar diligências de prova, não quer dizer que o mesmo não se oponha à realização das diligências, quando estas se apresentem como ilegais, por atentatórias de direitos fundamentais. Recorrendo assim, o arguido, aos meios que a lei lhe dispõe, nomeadamente a nulidade do ato processual ou diligência de prova se for caso disso, suscitando essa nulidade em sede de instrução ou contestação. Podendo, se for necessário, recorrer do despacho que considere improcedente a nulidade. O que o art. 61, nº3, al.d) do CPP pressupõe é que, caso o meio de prova seja legal, como de resto se alcança nos arts. 125º e 126º do CPP, o arguido deve sujeitar-se à diligência (Monte, 2006: 254-255).

⁹⁴ São igualmente nulas as provas obtidas com violação do segredo profissional por parte do intérprete, nos termos do art. 92, nº5 do CPP; as provas obtidas mediante a violação das regras relativas à participação em processo penal de surdo, deficiente auditivo ou de mudo, nos termos do art. 93º, nº4 do CPP; as obtidas mediante tortura, coação, ofensa á integridade física ou moral das pessoas, mesmo que elas consintam, nos termos do art. 126º, nº1 e 2 do CPP; as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem consentimento do respetivo titular ou sem suporte legal, nos termos do art. 126º, nº3 do CPP.

No entanto, o arguido terá sempre o direito de se opor à realização de diligências de prova, uma vez que, caso contrário, estaria a colocar em causa os direitos essenciais à não auto-incriminação e os direitos de defesa do arguido, como estipula o art. 32º, nº1 da CRP. A sujeição coerciva do arguido a diligências de prova é aceite somente quando o resultado pretendido não é alcançável através de meios menos restritivos dos direitos do arguido, assumindo assim um carácter excepcional.

É certo que, a obrigação que impende sobre o arguido de sujeição a diligências de prova tem que ter sempre em conta o direito à não auto-incriminação. O arguido não pode ser um objeto de prova, não pode ser obrigado a contribuir para a sua culpabilidade.

Costa Andrade afirma que a liberdade é colocada em causa *quando o arguido é convertido em meio de prova contra si próprio. Só quando se reconhece ao individuo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estatal* (Andrade, 1992: 125).

Não se encontram expressamente consagrados na CRP o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação, no entanto, a doutrina entendeu atribuir-lhe dignidade constitucional, baseando-se na dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP), no princípio do Estado de Direito democrático (art.2º da CRP), no princípio do processo equitativo (art. 20, nº4 da CRP), no direito à integridade pessoal (art. 25º da CRP), no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26 da CRP), no princípio das garantias de defesa (art. 32º, nº1 da CRP) e no princípio da presunção de inocência (art. 32º, nº2 da CRP), como já anteriormente exposto.

A maioria da doutrina e jurisprudência tem entendido e defendido que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não pode (...) *ser entendido na sua máxima amplitude, de recusa de qualquer forma de cooperação com a justiça, mas sim com o direito a não colaborar para a sua própria incriminação, querendo com isso significar-se o direito de não ser obrigado a fornecer prova da própria culpabilidade, quer testemunhal, quer documental* (Ramos, 2006: 103).

O arguido não pode ser intimidado a contribuir para a sua incriminação através da prestação de qualquer tipo de declarações, sejam elas faladas, escritas ou gestuais. Não tem de se submeter à gravação da sua voz para fins fonético-linguística com vista a identificar a voz captada numa escuta telefónica. Também não lhe será exigido que forneça quaisquer informações relativas a contas bancárias, entregando documentos, extratos ou qualquer objeto ligado ao crime ou que o esclareça. Assim, também não será de aceitar que o

arguido se reconheça num vídeo, para efeitos de reconhecimento fotográfico. O arguido também não deve ser levado a produzir autógrafos, que se evidencia como uma declaração expressa ou tácita do seu envolvimento. Obrigar o arguido a fornecer a sua assinatura para a descoberta da sua eventual responsabilidade, seria estar a forçá-lo a uma “confissão” por escrito, uma vez que a entidade responsável pela investigação detém de outras formas para a descoberta da verdade material, nomeadamente manuscritos elaborados pelo arguido anteriores à investigação, não esquecendo que a busca só deve ser realizada quando estritamente necessária, quando existam fortes suspeitas da prática do crime e que, apesar da moldura penal abstratamente aplicável, inspire grande censurabilidade social, uma vez que se trata de uma enorme intromissão na vida privada dos cidadãos. O silêncio do arguido não pode consubstanciar uma presunção de culpabilidade no âmbito da valoração probatória e, a colaboração do arguido na descoberta da verdade material há-de passar pela sua liberdade esclarecida.

Nas palavras de Costa Andrade, *o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa. Quer no que toca aos factos relevantes para chamada questão da culpabilidade, quer no que respeita aos atinentes à medida da pena, pois só pode falar-se de um sujeito processual com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo quando o arguido persiste, por força da sua liberdade e responsabilidade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se* (Andrade, 1992: 121-122).

A constituição de arguido envolve a explicação dos direitos e deveres processuais que passa a beneficiar o arguido, como dispõe o art. 58º, nº2 do CPP. É imposto por lei que o arguido passe a ter conhecimento do seu direito de se remeter ao silêncio, ou seja, de não responder a perguntas sobre os factos que lhe são imputados, como descreve o art. 61º, nº1, al.d)⁹⁵ do CPP. O objetivo deste preceito é evitar uma auto-incriminação do arguido por desconhecimento da lei. Esta advertência por parte das autoridades competentes deve

⁹⁵ Neste artigo também se abrange a liberdade comunicacional e outras situações de cooperação ativa incriminatória com a justiça.

constar expressamente num auto relativo a uma diligência em que o arguido participe e no âmbito do qual se possa incriminar.

A não advertência do direito ao silêncio e a ausência de documentação torna ilícita a produção de prova que o arguido forneceu contra si próprio em qualquer diligência⁹⁶. Esta não advertência constitui uma proibição de valoração da prova, sendo esta sanção a que *está prevista para as provas auto-incriminadoras obtidas à custa da tortura, coação, ameaças, perturbações da memória ou da capacidade de avaliação, ou meios enganosos (art.126º) (Andrade, 1992: 126-127)*⁹⁷.

Nas palavras de Germano Marques da Silva (...) *a irresponsabilidade pelos próprios actos é própria dos inimputáveis, ou porque não sabem o que fazem ou porque não têm maturidade bastante para dominarem os impulsos naturais. Como é evidente, este pressuposto, não é adequado aos agentes da justiça, sejam quem forem, magistrados, advogados os funcionários (...) Há erros indesculpáveis, há actos ilegais que nem sequer podem ser atribuídos a erro, mas que constituem desrespeito deliberado dos comandos legais. Nestes casos não se pode mais falar em irresponsabilidade, porque no nosso século não há lugar para incompetência em domínios que afectem imediatamente direitos fundamentais dos cidadãos (Silva, 2005: 97).*

O principal objetivo do Processo Penal é a realização da justiça, a descoberta da verdade material, a processualmente válida, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e o restabelecimento da paz jurídica, resolvendo o problema da impunidade dos crimes. O processo penal concretiza o Direito Penal material.

O processo penal não pode em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos secundarizar a finalidade de restabelecer a paz jurídica. Deve procurar salvaguardar a confiança da comunidade na ordem dos valores jurídico-legais violados e produzir nos

⁹⁶ No caso de primeiro interrogatório judicial de arguido detido, o juiz de instrução criminal tem a obrigação de informar o arguido que as declarações que prestar podem ser lidas em julgamento e valoradas contra si.

⁹⁷ Tendo em conta a prova proibida e posterior proibição de valoração, salienta-se o estipulado no art. 126º, nº4 do CPP, *Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstas neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.*

delinquentes uma dissuasão capaz de os arredar do crime, fortalecendo desta forma a consciência jurídica da comunidade.

Relativamente às proibições de prova, há que distinguir os direitos tutelados nos nºs 1 e 2 do art. 126º e os direitos tutelados no nº3 do mesmo preceito legal. Os primeiros tratam-se de direitos indisponíveis, na medida em que violam de uma forma directa a dignidade da pessoa humana, o que conduz inevitavelmente à sua inadmissibilidade⁹⁸. Já os direitos consagrados no nº3 do art. 126º do CPP são direitos disponíveis, não veda necessariamente, *ab initio* a sua valoração. Exigindo uma ponderação de interesses e da proporcionalidade, em atenção, por um lado, o interesse público do *ius puniendi*, e, por outro, os direitos fundamentais individuais em causa.

No mesmo sentido, a CRP no seu art. 32º, nº8 também faz essa divisão, direitos disponíveis e indisponíveis. Consta-se quando estatui que são nulas as provas obtidas *mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa*, na primeira parte do artigo, e quando determina que são nulas as provas obtidas mediante (...) *abusiva intromissão*⁹⁹ *na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*, na segunda parte da norma mencionada.

Tendo em conta o caso concreto, a valoração de uma prova que não esteja relacionada com direitos absolutamente indisponíveis, desde que necessária e fundamental para assegurar a paz social e o interesse do Estado na administração da justiça, é aceitável face à lei constitucional.

Como já foi referido anteriormente, o art. 122º do CPP, sob a epígrafe *Efeitos de Declaração de Nulidade*, consagra a teoria da árvore envenenada. Apelando a Paulo de Sousa Mendes (...) *o efeito-à-distância é a única forma de impedir que os investigadores*

⁹⁸ De acordo com Francisco de Almeida Garrett (...) *no plano estritamente objectivo a prova assim obtida é imprestável, em sede de direito substantivo o agente policial pode não ser punido, pois assim como lhe é lícito, por via do direito de necessidade, torturar, coagir e ofender a integridade física e moral de um arguido com o objectivo de o fazer confessar onde está uma bomba prestes a explodir ou uma pessoa cativa a morrer de fome* (Garrett, 2007: 30).

⁹⁹ Segundo Gomes Canotilho, a intromissão é “abusiva” (...) *quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem permissão judicial (art. 34º, nºs 2 e 4), quando desnecessária ou desproporcional, ou quando aniquiladora dos próprios direitos* (Canotilho/Moreira, 1993: 212-213).

policiais, os procuradores e os juízes menos escrupulosos se aventurem à violação das proibições de produção de prova na mira de prosseguirem sequências investigatórias às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição pelo Estado de Direito (Mendes, 2004: 152).

Existe entendimento de que todas as provas que surjam posteriores à prova proibida, e que com ela se relacionem, fiquem comprometidas, com o efeito consequencial. No entanto a jurisprudência portuguesa tem decidido que a nulidade da prova não proíbe a utilização do que que derivar dela, entendendo que não se comunica a invalidade. O que não é o nosso entendimento, uma vez que os meios de prova obtidos através de prova ilícita estão também eles contaminados.

De forma conclusiva entendemos que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* encontra-se constitucionalmente consagrado e abrange além da liberdade comunicacional do arguido, outras situações de cooperação incriminatória ativa com a justiça. Assim sendo, sobre as autoridades impende um dever de informação para impedir uma auto-incriminação por parte do arguido, sob pena de a prova ser considerada prova proibida e toda que lhe for consequencial também.

Tendo em conta o estipulado no art. 61º, nº3, al.d) do CPP, o arguido pode ser objeto de investigação em concretização do *ius puniendi*, sem que se afete a seu estatuto de sujeito processual dotado de direitos e deveres.

Recai sobre o arguido a obrigação de se submeter aos interrogatórios previstos nos arts. 140º, 141º, 143º e 144º do CPP. Porém, não lhe é exigível a veracidade nas narrações dos factos. O arguido terá que comparecer em data, hora e local designados e terá que responder com verdade às questões relativas à sua identificação, porque quanto às outras poderá optar por se manter silente. O seu silêncio, se for essa a opção, não pode prejudicar o arguido, assim como não o pode beneficiar. O silêncio, em sentido jurídico do termo, não pode ser objeto de prova.

Apesar de no processo penal ser possível prescindir do contributo do arguido, este, não deixa de desempenhar um papel fundamental como meio de prova, uma vez que o seu contributo continua a constituir um elevado valor para a convicção do juiz. Actualmente o silêncio do arguido consubstancia no subconsciente do juiz uma presunção de culpa. No entanto, o juiz tem de se fazer acompanhar dos demais elementos de prova e tendo em conta o princípio da livre apreciação da prova, nos termos do art. 127º do CPP.

De acordo com o estipulado no art. 96º do CPP, a *prestação de quaisquer declarações processa-se por forma oral*, no entanto, a oralidade da audiência não significa que os autos não se passem a escrito.

Tendo em conta agora a fase do inquérito, se o arguido informa o órgão de policia criminal que pretende exercer o seu direito ao silêncio e é advertido que irá ser inquirido como testemunha, ou que ficará retido nas instalações da polícia pelo período máximo de 48 horas, ou ainda ser convidado para uma conversa informal¹⁰⁰, estamos face à utilização de métodos proibidos de prova, configurados no art. 126º, nº1 e 2 do CPP, o que consubstancia uma nulidade de prova.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* necessita de tutela, sendo necessário algum estudo e esclarecimento relativamente à distinção entre uma atividade ou ação positiva e o mero tolerar passivo de uma atividade de terceiro.

Assim Costa Andrade refere que (...) *na zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objeto de medidas de coacção ou meios de prova deparam-se situações em que não é fácil decidir quando se está no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coactivamente impostos; ou quando inversamente, se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coercitiva* (Andrade, 1992: 127).

A necessidade de um processo justo, equitativo e de minimizar o risco do arguido ser condenado com base nas suas próprias declarações prevalece sobre o princípio de que o tribunal deve ter acesso a todos os elementos de prova.

Quando é proferida uma ordem de autorização de uma busca, ou uma apreensão de bens, deve tal autorização ser fundamentada, nomeadamente especificar o bem em causa, a fim de se evitar uma busca de eventual vaga suspeita.

A restrição dos direitos liberdades e garantias exige como pressuposto material a previsão constitucional expressa da respetiva restrição. Torna-se necessário que a

¹⁰⁰ As conversas informais constituem uma modalidade de interrogatório sub-reptício que contende com o chamado princípio da lealdade, uma vez que subtrai-se às regras próprias do interrogatório e, efetuando-se sem que o que indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.

admissibilidade da restrição encontra no texto constitucional “expressão suficiente e adequada” e o respeito pelo princípio da proporcionalidade (Canotilho, 2007: 391).

Será também necessário para se verificar uma restrição legítima de direitos, liberdades e garantias um segundo pressuposto, ou seja, a restrição só se pode verificar para salvaguardar um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. O sacrifício de direitos, liberdades e garantias não pode ser arbitrário e desmotivado (Canotilho, 2007: 391).

No que concerne ao princípio da proporcionalidade e a ponderação de bens, a convergência dos sistemas de *common law* e de direito administrativo, no ordenamento europeu, tem entendido que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, é observado como um princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos à prossecução dos direitos e interesses em conflito (Canotilho, 2003: 268).

Assim, quando se pede ao juiz apreciação dos danos causados, o objetivo pretendido não é contestar a legitimidade da parte, mas aferir da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida aplicada. Por exemplo, quando se solicita ao tribunal apreciação da legitimidade da busca e apreensão de um jornal difusor de notícias desagradáveis acerca do governo, não é exigível ao juiz uma “censura”, mas verificar se a administração utilizou critérios de razoabilidade, proporcionalidade e adequação.

O princípio da proporcionalidade apresenta como subprincípios constitutivos o princípio da conformidade ou adequação, o princípio da exigibilidade ou da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

O princípio da conformidade impõe que a medida adoptada para a prossecução do interesse público deve ser apropriada à do fim ou fins a ela subjacente (Canotilho, 2007: 392). No entender de Gomes Canotilho *Trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim* (Canotilho, 2003: 270).

O subprincípio da necessidade sustenta-se na posição de que a obtenção do fim em vista, não seria possível sem adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. Assim, este subprincípio exige uma *exigibilidade material*, uma vez que o meio utilizado deve ser o menos “ofensivo” possível, dos direitos fundamentais; impõe também uma *exigibilidade espacial*, no sentido de limitação do âmbito de intervenção; também determina uma *exigibilidade temporal*, uma vez que pressupõe a delimitação no tempo da medida coativa do poder público; e, por último a determinação de uma *exigibilidade pessoal*, ou seja, a

medida deve se limitar à pessoa cujos interesses devem ser sacrificados (Canotilho, 2003: 270).

Relativamente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito este é entendido como princípio da “justa medida” (Canotilho, 2003: 270). O resultado obtido com a intervenção deve ser proporcional à “carga coativa” da mesma. Como esclarece Gomes Canotilho *meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins* (Canotilho, 2003: 270).

O princípio da proporcionalidade é um princípio concreto da ordem constitucional, previsto nos arts. 18º, nº2 e 266º, nº2 da CRP. Este princípio normativo-constitucional advém do art. 272º, nº1 da CRP, consagrador do princípio da tipicidade e do princípio da necessidade das medidas de polícia. É de salientar a expressa constitucionalização do princípio da proporcionalidade com o princípio materialmente constitutivo de toda a administração pública, tendo em conta o art. 266º, nº1 da CRP (Canotilho, 2003: 271).

O princípio da proporcionalidade tem a sua grande importância e aplicação no que concerne à restrição dos direitos, liberdades e garantias por ente públicos. No entanto, também se estende aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Sendo certo, que o Estado deve adoptar os mecanismos conducentes a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais (Canotilho, 2003: 273).

Como último pressuposto salienta-se que as leis restritivas dos direitos fundamentais não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial das normas constitucionais. Quando nos referimos ao conteúdo essencial de um direito este, só pode ser equacionado no confronto com outro bem. No entanto, a Constituição não permite a extinção de qualquer direito fundamental. Como refere Gomes Canotilho *a garantia de conteúdo essencial é um “mais” em relação ao princípio da proporcionalidade. A garantia do conteúdo essencial é uma baliza última de defesa dos direitos, liberdades e garantias, delimitando um núcleo que em nenhum caso deverá ser invadido* (Canotilho/Moreira, 2007: 395).

Em consonância com a relação existente entre o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio, o direito ao silêncio, mais não é, do que uma tática de defesa do arguido. O direito ao silêncio possibilita ao arguido uma liberdade de autodeterminação, podendo optar por permanecer silente ou colaborar com o Estado na busca da verdade. Subjacente à

ponderação dos bens jurídicos presentes nesta querela, o direito de defesa por parte do arguido, direito ao silêncio, e o interesse do Estado na descoberta da verdade material, como apelo à justiça, as finalidades do processo penal assumem um papel preponderante na determinação do mesmo.

O processo penal atinge a perfeição no equilíbrio do interesse público da repressão¹⁰¹ da criminalidade e do interesse particular dos arguidos numa justiça que lhes proporcione garantias de defesa contra uma condenação injusta.

As principais finalidades do processo penal são a realização da justiça com a busca da verdade material, a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica comunitária colocada em causa pelo crime e a consequente reafirmação da norma violada. Assim, se justifica a imposição de sanções quando determinados bens jurídicos são ofendidos, porque é necessário a justiça e a verdade. O que não se torna justificável que a justiça se alcance a qualquer custo¹⁰², exige-se o respeito dos direitos fundamentais das pessoas. O processo penal deve respeitar as regras do estado de direito.

O estado de direito exige, para além da tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, a punição dos criminosos, sustentando-se desta forma, administração da justiça penal.

O arguido assume-se no nosso ordenamento jurídico como sujeito do processo e não como mero objeto de prova, cuja dignidade não pode ser sacrificada pelo fato de ser suspeito de crime. Assim, exige-se lealdade tanto por quem investiga como por quem julga, na relação com o arguido. Quando a regulamentação processual coloque em causa a dignidade da pessoa humana, regra geral o arguido, mas pode ser qualquer pessoa, nenhuma transação é possível pois tem que se respeitar a finalidade do processo penal.

O direito ao silêncio, configurado como direito de não auto-incriminação, como garantia de defesa que assiste a todo o cidadão tem um campo de aplicação diversificado e

¹⁰¹ As sanções criminais correspondem à necessidade de afirmação de certos valores ou bens jurídicos (Correia, 1997: 39).

¹⁰² Tal situação verifica-se, por exemplo, com a proibição de valoração das provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física e moral das pessoas (art. 126 do CPP).

encontra a sua base num dos pilares do Estado de Direito: dignidade da pessoa humana. Assim sendo, salienta-se que, o interesse público impõe ao arguido a sujeição a diligências de prova, o direito de defesa do arguido, o direito à não auto-incriminação só poderá ser restringido no estritamente necessário, reportando-se sempre à ponderação de interesses em conflito, dando especial relevância ao princípio da proporcionalidade.

A dignidade da pessoa humana não pode ser violada para atingir a descoberta da verdade material. O processo penal deve atingir uma verdade processualmente válida, não uma verdade obtida a qualquer custo.

26. As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português (Alteração ao código de processo penal - Lei 20/2013, de 21 de Fevereiro)

Com a publicação da lei 20/2013, de 21 de Fevereiro, relativamente à alteração ao CPP, encontra-se em vigor um novo regime de admissibilidade de leitura de declarações de arguido em audiência de julgamento, decorrente, no essencial, das alterações sofridas pelos arts. 64º, 141º e 357º do CPP.

Este novo regime tem uma razão de ser, que é oferecida na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 77/XII¹⁰³, onde refere *A quase total indisponibilidade de utilização superveniente das declarações prestadas pelo arguido nas fases anteriores ao julgamento tem conduzido, em muitos casos, a situações geradoras de indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema de justiça.*

De certa forma, o legislador entendeu que processo penal estava a colocar em causa a realização da justiça no caso concreto, colocando em causa o fim último de garantir a paz jurídica dos cidadãos.

Neste novo regime, de acordo com o art. 141º, nº4, al.d) do CPP relativo ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido, o juiz informa o arguido *de que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no*

¹⁰³ Publicada no Diário da Assembleia da República, II Série A – Número: 198, de 22 de Junho de 2012, pp. 10-29.

processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova, abrangendo também os interrogatórios perante o MP, nos termos do art. 144º, nº2 do CPP.

Por seu turno, a nova alínea b) do art. 357º, nº1 determina que a reprodução ou leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido só é permitida *Quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto da alínea b) do nº4 do artigo 141º.* O nº2 deste preceito refere que, tais declarações *não valem como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344º.*

Assim, nos termos do art. 141º, nº7, as declarações do arguido devem ser documentadas *através de registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios, designadamente estenográficos ou estenotípicos, ou qualquer outro meio técnico idóneo a assegurar a reprodução integral daquelas, ou a documentação através de auto, quando aqueles meios não estiverem disponíveis, o que deveria constar em auto.*

Foram também alteradas também as alíneas b) e c) do art. 64º do CPP, no que confere á assistência ao arguido por defensor. Passou a ser obrigatório a assistência por defensor em todos os interrogatórios por autoridade judiciária, assim como no debate instrutório e na audiência.

Assim, verifica-se que apenas se mantém o disposto no art. 357º, nº1, al.a), ao qual admite a leitura de declarações anteriormente prestadas, perante qualquer entidade, desde que por solicitação do próprio arguido.

Dada a substituição da anterior alínea b) do art. 357º, nº1 deixa de ser admissível a leitura de depoimento do arguido anteriormente prestado perante o juiz, se evidencia contradições entre elas e as feitas em audiência.

Dada a substituição da anterior alínea b) do art. 357º, nº1 deixa de ser admissível a leitura de depoimento do arguido anteriormente prestado perante o juiz, se evidencia contradições entre elas e as feitas em audiência.

A alteração relativa às regras da reprodução ou leitura, em audiência, das declarações anteriormente prestadas pelo arguido, suscita questão quanto à natureza jurídica das declarações. As declarações do arguido têm vindo a ser assumidas com uma dupla natureza: meio de prova e meio de defesa. Neste sentido, Figueiredo Dias entende que *qualquer dos interrogatórios tem de ser revestido de todas as garantias devidas ao arguido como sujeito do processo – e constitui, nessa medida e naquela outra em que tem de respeitar a inteira liberdade de declaração do arguido, uma expressão do seu direito de*

defesa ou, se quisermos, um meio de defesa. Mas também, qualquer dos interrogatórios visa contribuir para o esclarecimento da verdade material, podendo nesta medida legitimamente reputar-se um meio de prova (Dias, 1974: 442-443).

A natureza das declarações de arguido como meio de prova é uma decorrência do seu direito de defesa. Assim, não é irrelevante o momento processual em que as declarações são prestadas, uma vez que o direito de defesa acompanha o arguido desde a sua constituição, podendo ser exercido sempre que o arguido pretenda, no entanto, só com a fixação do objeto do processo ele possa ser exercido em toda a sua extensão.

O novo regime de admissibilidade de leitura em audiência das declarações prestadas pelo arguido perante autoridade judiciária, tem subjacente a sua valoração enquanto meio de prova. Esta situação verifica-se do art. 141º, nº4, al. b) do CPP aplicável a interrogatórios feitos pelo MP, ao qual submete as declarações do arguido, em audiência, ao princípio da livre apreciação da prova, reforçado pelo disposto no art. 357º, nº2 do CPP.

Apesar de se manter a sua natureza de meio de defesa, o importante é meio de prova produzido, a sua valoração está apreciada pelo MP no momento da ponderação da existência, ou não, de indícios suficientes, para efetivamente deduzir despacho de arquivamento ou de acusação, sendo certo que, o MP só incluirá no rol dos meios de prova se necessitar delas para sustentar a acusação.

Assim sendo, as declarações do arguido alargam-se para a admissibilidade da leitura das mesmas prestadas em qualquer fase anterior à audiência de julgamento, se verificados os requisitos para este regime e também se verifica a eliminação das declarações do arguido prestadas perante o MP do elenco das proibições de valoração de prova.

A presença do defensor é agora obrigatória em qualquer interrogatório feito por autoridade judiciária, funcionando como pressuposto de admissibilidade da leitura das declarações em audiência. No entanto, a intervenção do defensor é diferenciada, consoante o arguido preste declarações perante autoridade judiciária em fases anteriores à audiência ou perante o juiz de julgamento.

Como dispõe o art. 345º, nº1, parte final do CPP, *o arguido pode, espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a alguma ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer*. O art. 141º, nº6 do CPP mantêm-se inalterado. Durante o interrogatório, o Ministério Público e o defensor, sem prejuízo do direito de arguir nulidades, abstêm-se de qualquer interferência, podendo o juiz permitir que suscitem pedidos de esclarecimentos das respostas dadas pelo arguido. Findo o interrogatório,

podem requerer ao juiz que formule àquele as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade. O juiz decide, por despacho irrecorrível, se o requerimento há-de ser feito na presença do arguido e sobre a relevância das perguntas.

Como já referido, o novo regime de admissibilidade de leitura de declarações anteriormente prestadas perante autoridade judiciária em audiência antecipa, para o momento da prestação das declarações a decisão sobre o exercício do direito ao silêncio, que o arguido poderá exercer em audiência, mas sem efeito face às declarações já prestadas.

É assim o sentido do art. 141º, nº4, al.d) do CPP quando refere que 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.*

A questão que aqui se afigura como relevante é como conjugar este novo regime com a proibição de valoração de provas contidas no art. 355º, nº1 e a sua conjugação com o direito ao silêncio vertido nos arts. 343º, nº1 e 345º, nº1 do CPP.

No art. 355º, nº2 do CPP excepciona-se as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, o que neste novo regime, no art. 357º, nº1, al.b) vem consentir em relação às declarações do arguido prestadas perante autoridade judiciária na presença de defensor.

A questão aqui importante é aferir se o legislador ordinário está ou não constitucionalmente autorizado a incluir nas exceções as declarações do arguido prestadas anteriormente.

Como refere Maria João Antunes *o arguido goza, em qualquer fase do processo, do direito de não responder às perguntas feitas por qualquer entidade, sobre factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar. Da conjugação deste direito ao silêncio com o princípio de que só a prova produzida em audiência de julgamento serve para formar a convicção do tribunal, nada mais pode resultar, sob pena de esvaziamento do conteúdo de um ou de outro, do que a proibição de valoração das declarações prestadas pelo arguido antes de julgamento* (Antunes, 1992: 25).

Em bom rigor, os princípios da imediação e da oralidade são também eles projeções do princípio da estrutura acusatória do processo penal, que impõe uma separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga. Se assim não fosse, admitir-se-ia que toda a prova produzida em sede de inquérito fosse admissível em audiência.

Assim, é importante a opinião de Maria João Antunes quando refere que *Com esta proibição de produção de prova (artigo 355º, nº1), ganha o contraditório na fase de julgamento, ao mesmo tempo que são reforçados os princípios da oralidade e da imediação, aqueles que verdadeiramente justificam o princípio de que só a prova produzida ou examinada em audiência serve para formar a convicção do tribunal. E deste modo é também a estrutura acusatória do processo penal português (artigo 30º, nº5, da Constituição da República Portuguesa – CRP) que se densifica: por um lado, garante-se a objectividade e a imparcialidade pretendidas com a separação entre a entidade que investiga e acusa e a que procede ao julgamento; por outro, criam-se as condições para os sujeitos processuais co-determinarem efectivamente a decisão final do processo* (Antunes, 1992: 25).

O novo regime de admissibilidade de leitura em audiência das declarações de arguido anteriormente prestadas desconsidera o princípio da imediação e para além disso, o legislador ao deixar de exigir que tais declarações tenham sido prestadas perante juiz, admitindo também a leitura das declarações feitas perante o MP, eliminou o princípio da garantia judiciária, implantado no regime de excepcionalidade que o art. 357º consagra. Assiste-se a uma transferência da centralidade processual para a fase de inquérito, onde a partir de agora praticamente tudo se decide. Estaremos face a um julgamento sem produção de prova, bastará para tanto a leitura, em audiência das declarações de prova anteriormente recolhidas perante o MP, sem qualquer imediação ou contraditório.

27. Análise Crítica do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 14/2014

Artur Fernando Pinto Leite, Pedro Jorge Pinto Leite e Diana Maria Dinis Alvo da Silva interpuseram recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do Ac. da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, proferido no Processo nº 171/12.3TAFLG.G1, em que foi decidido pela pronuncia dos recorrentes pela prática de crime de desobediência, previsto no art. 348, nº1, al.b) do CP, por se terem recusado a participar na diligência de prova de recolha de autógrafos, uma vez que o crime em causa era o de falsificação de documentos.

Em oposição a este Ac. mostra-se o acórdão da relação do Porto, de 28/07/2009, proferido no Processo nº 0816480, onde se decidiu que num inquérito por crime de

falsificação de documentos é ilegítima a ordem emanada do MP no sentido do arguido escrever determinadas palavras por si, para posterior perícia à letra.

A ordem dada ao arguido para recolha de autógrafos tem de ser ponderada à luz do seu direito de defesa, constitucionalmente tutelado no art. 32º da CRP, assim como o respeito pela sua dignidade pessoal, refletida no art. 61, nº3, al d) do CPP e tendo ainda em consideração o direito à não auto-incriminação do arguido, direito este que lhe é conferido como corolário lógico do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

O ato de recolha de autógrafos por parte de alguém que assumiu o estatuto de arguido tem por base a imposição ao arguido de colocar em papel a sua própria escrita. Este ato não consubstancia de imediato uma perícia, mas um ato preparatório de recolha de elementos, no entanto, poderá vir a ser desfavorável ao arguido, uma vez que pode ser usada contra si como meio de prova, o que colide com o seu direito à não auto-incriminação.

O TC tem vindo a firmar jurisprudência no sentido de que o direito ao silêncio comporta o direito do arguido a não prestar declarações e de não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem, salvo se permitidos por lei e desde que não fira de forma intolerável os direitos e garantias de defesa do arguido.

Assim, contrariamente ao que acontece com a obrigatoriedade de submissão a exames de alcoolemia ou de pesquisas de substâncias psicotrópicas, como a sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais, nem no CPP nem em legislação processual penal avulsa existe disposição expressa de impor ao arguido a obrigação de se sujeitar ao dever de prestação de autógrafos.

A conjugação dos art. 60º, 61º, nº3. al.d) e do art. 172º, nº1 do CPP, pressupõe que a diligência de prova esteja especificada na lei. Como refere o TC, no Ac. nº155/2007 a tentativa de extrair daqueles preceitos do CPP a norma para a realização destes exames, assenta no vício lógico de dar por demonstrado o que se pretende demonstrar. Aliás, se todos os casos de recusa de submissão a diligências de prova devessem merecer a censura típica de desobediência, o legislador tê-lo-ia previsto expressamente no art. 61º, nº3, al.d) do CPP.

No art. 348º do CP, a obediência a uma ordem pressupõe que a mesma seja legítima, ou seja, que não contrarie o ordenamento jurídico. Assim, inexistindo no quadro normativo vigente qualquer preceito legal de imposição ao arguido o dever de produzir autógrafos, não se pode deixar de concluir pela ilegitimidade da ordem, aliás atenta contra o princípio da legalidade.

Ao contrário do que acontecia no domínio de vigência do Código de Processo Penal de 1929, que assentava numa estrutura inquisitória, o modelo actual, introduzido a partir da revisão operada pelo DL n.º78/87, de 17 de Fevereiro, veio conferir ao arguido o estatuto de sujeito processual, logo não pode ser transformado em meio de prova contra si próprio, motivo pelo qual lhe foi conferido o direito de não contribuir para a sua própria incriminação.

O direito a não prestar declarações envolve qualquer tipo de linguagem, seja ela oral, gestual ou escrita. Sendo assim, admissível a recusa de prestar autógrafos.

A resposta ao problema relativa à imposição ao arguido do dever de produzir autógrafos, não pode deixar de equacionar a preservação da dignidade pessoal do arguido enquanto sujeito processual. Esse respeito pela dignidade da pessoa do arguido está refletida no art. 61.º, n.º3, al.d) do CPP, ou seja, dá-se efetividade ao direito do arguido ao silêncio, direito este que está ligado ao seu direito de não colaborar na sua própria incriminação.

Como já anteriormente foi referido, a indiscutível importância e reconhecimento do direito à não auto-incriminação está também refletida em textos internacionais como é o caso da CEDH (art. 6.º) e o PIDCP (art. 14.º).

Apesar de não se verificar controvérsia sobre a tutela constitucional do princípio ao direito à não auto-incriminação, o mesmo não acontece em relação à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova¹⁰⁴.

Costa Andrade refere que essas dúvidas se tanto mais quanto nos aproximamos da *zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meios de prova. Nesta zona cinzenta deparam-se, não raramente, situações em que não é fácil decidir* (Andrade, 1992: 127).

Assim, a doutrina tem dado densidade ao princípio do direito à não auto-incriminação. Joana Costa conclui ser possível identificar, expressa ou implicitamente *um conjunto de critérios normativos e operativos (...) que, quanto ao princípio nemo tenetur, densificam e concretizam as proposições de carácter geral, relativamente vago e até por isso*

¹⁰⁴ Quer através das suas declarações, quer por via da sua sujeição a outras formas de obtenção de prova, tal como os exames.

consensual. Considera ainda que o direito à não auto-incriminação relaciona-se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e (...) não abrange já a utilização, em processo penal, de elementos susceptíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsivos, contando que a respectiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN. No que respeita ao direito ao silêncio, por seu turno, a violação do princípio pode ser desencadeada, quer pela decisão que sancionou o visado por não ter prestado declarações, quer pela consideração em julgamento de declarações anteriormente prestadas sob coerção, mas já não pela regular atendibilidade do silêncio do acusado no âmbito de juízos probatórios de inferência nos casos em que o acusado haja sido expressamente advertido de tal possibilidade (Costa, 2011:).

Perante a jurisprudência que vem sendo firmada pelo TEDH, fica comprometida a utilização e, processo penal de elementos de prova que se obtenham do arguido sem a sua vontade, a prova obtida do acusado através da sua colaboração ativa, através de poderes compulsivos, quer as provas já existam aquando da intimação quer sejam produzidos na sequência desta e as declarações prestada pelo acusado sob coerção.

É precisamente no âmbito do princípio atinente ao direito à não auto-incriminação que podem suscitar dúvidas acerca da imposição ao arguido de prestar autógrafos sob pena da respetiva recusa consubstanciar a prática do crime de desobediência. O mesmo é dizer se, a imposição desta natureza ao arguido viola ou não o seu direito à não auto-incriminação.

Apesar da nossa lei fundamental não proibir em absoluto a restrição legal de certos direitos, liberdades e garantias, será que a recolha, neste caso em análise, de autógrafos pode ainda ser incluída no âmbito dos casos em que a lei admite uma restrição àquele concreto direito?

A nossa resposta vai no sentido negativo.

Importa desde logo ter presente a exigência para a restrição de direitos prevista no art. 18º, nº2 da CRP, que *a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

Na situação em apreço, tanto o acórdão recorrido, como o acórdão fundamento, partem da necessidade de convocação ao caso do preceito contido no art. 61º, nº3, al.d) do CPP, segundo o qual o arguido deve se sujeitar a *diligências de prova (...) especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente.* Enquanto que o acórdão recorrido

considera suficiente a norma em questão para a imposição ao arguido do dever de prestar autógrafos, o acórdão fundamento conclui que o art. 61º, nº3, al.d) do CPP abrange apenas a obrigação de o arguido se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei e que a obrigatoriedade de sujeição a recolha de autógrafos não está como tal prevista.

Inexiste para o arguido qualquer disposição legal que crie a obrigação de prestar autógrafos. Também não se pretende encontrar essa habilitação no art. 172º, nº1 do CPP¹⁰⁵. Não é pelo facto de a recolha de autógrafos revestir a natureza de exame que por via do art. 172º, nº1 do CPP, o arguido pode ser compelido, sob ameaça de desobediência. O arguido só está adstrito ao dever de se sujeitar a uma específica diligência de prova, quando existir previsão legal para o efeito, é o que resulta dos arts. 60º, 61º, nº3, al.d) do CPP.

Afasta-se desta forma a posição de Germano Marques da Silva que entende que o arguido terá de se sujeitar a todas as diligências de prova que não sejam proibidas por lei e ainda a posição que tende assimilar diligências de prova especificadas na lei com meios de obtenção de prova típicos.

O princípio do qual decorre, no nosso direito processual penal, o silêncio do arguido é, sem dúvida, o art. 61º, nº1, al. d) do CPP, sendo que os restantes preceitos que se lhe referem seus afloramentos. O facto de o arguido se remeter ao silêncio reveste uma das formas do seu direito de defesa, o *jus tacere*, uma manifestação da liberdade de declaração, um dos atributos da personalidade a pressupor liberdade.

O direito ao silêncio além de um direito é uma garantia. Garantia por possibilitar ao arguido a liberdade de autodeterminação na opção entre se calar ou responder às perguntas, cooperar com o Estado na investigação. Um direito pois, segundo Gomes Canotilho, incluído nas clássicas garantias, também elas direitos, entre eles se englobando, precisamente, o de defesa, enunciado como portador de dignidade constitucional no art. 32º, nº1 da CRP (Canotilho, 2003: 396).

Os direitos fundamentais são principais, representam certos bens, inabdicáveis à realização das pessoas, inscrevem-se nas respetivas esferas jurídicas, já as garantias,

¹⁰⁵ Art. 172º, nº1 do CPP *Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deve ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.*

enquanto acessórias, asseguram a fruição dos bens, pojetando-se nas esferas jurídicas, pelo nexó que possuem com os direitos (Miranda, 2000: 359).

No art. 1º da CRP o estado garante o respeito pela dignidade humana como princípio fundamental, funcionando como garantia da sua realização o direito ao silêncio do arguido.

O direito ao silêncio e à não incriminação, enquanto vertentes do *nemo tentur se ipsum accusare*, significa que o arguido não é obrigado a contribuir, cooperar com o tribunal.

O nosso direito não homolga o direito à mentira, mas antes o atropelo deliberado da verdade é preferível o silêncio (Ferreira, 1955: 152).

De uma forma conclusiva, discordo da posição adoptada pelo acórdão uniformizador de jurisprudência no sentido de imposição ao arguido de produzir autógrafos, com vista à realização de exame pericial à escrita dele, com a cominação de, não o fazendo, incorrer na prática de um crime de desobediência, previsto no art. 348º, nº1, al.b) do CP.

A recolha de autógrafos do arguido é uma diligência processual prévia à realização de um exame pericial, e na maior parte das vezes nem sequer é necessária, uma vez que o MP muitas das vezes dispõe de textos anteriormente manuscritos pelo arguido. Não existe nenhuma norma que expressamente obrigue o arguido a sujeitar-se a esta diligência.

A imposição ao arguido do dever de produzir autógrafos, configura a colaboração ativa do arguido na elaboração de documento, o que faz colidir com o seu direito à não auto-incriminação. Aliás, os autógrafos obtidos nestas circunstâncias não constituem uma veracidade autêntica da sua escrita manual, por serem realizados de uma forma “forçada”, para não ser punido pelo crime de desobediência.

O processo penal português de estrutura acusatória, tal como disposto no art. 32º, nº5 da CRP, tem como grande objetivo a realização da justiça e a descoberta da verdade material, mas sem esquecer os direitos fundamentais das pessoas perante o Estado. Embora o arguido, como sujeito processual, deva sujeitar-se à realização de exames, estes devem respeitar os seus direitos fundamentais.

O princípio da não auto-incriminação, enquanto decorrência da tutela da dignidade humana do arguido, não sendo um princípio absoluto, permitirá uma sujeição do arguido à recolha de elementos de prova, embora esta restrição deva estar expressamente prevista na lei e cumprindo os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação. Assim sendo, apesar da medida se revelar idónea, esta deve ser necessária, ou seja, *perante medidas que oferecem idêntica idoneidade, deve escolher-se a que ofereça o menor potencial de prejuízo para o visado, mesmo que exija mais tempo para a sua realização*

(Mata- Mouros, 2011: 256), obrigando a utilizar outros meios de obtenção de prova, quando se mostrem possíveis ainda que demorados.

O direito ao silêncio foi consagrado no atual código desde 1987, mas não está consagrado expressamente a possibilidade de recolha de amostras manuscritas do arguido, diferentemente com o que acontecia com o código de 1929, onde se estabelecia que quando não fosse possível conhecer e comparar a caligrafia do arguido, então quando fosse necessário, o juiz poderia sujeitar o arguido àquela diligência.

Uma restrição ao princípio da não auto-incriminação será admissível, desde que esteja expressamente consagrada em lei formal. A submissão do arguido a diligências de prova, de acordo com o art. 61º, nº3, al. d) do CPP, apenas se impõe quando estejam “especificadas na lei”.

A sujeição do arguido a recolha de autógrafos, contra a sua vontade, só deverá ser possível após consagração legal expressa, com cumprimento dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, ou seja, quando não seja possível outras diligências de prova que permitam fazer a peritagem para averiguar a existência ou não de um documento falso.

Acórdão em questão:

*Diário da República, 1.ª série – N.º 203
– 21 de outubro de 2014*

**MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E
DO MAR
Decreto-Lei n.º 156/2014
de 21 de outubro**

O Ministério da Agricultura e do Mar tem como missão a definição, coordenação e execução das políticas agrícola, agroalimentar, florestal, de desenvolvimento rural e de exploração e potenciação dos recursos do mar.

O Decreto -Lei n.º 82/77, de 5 de março, alterado pelos Decretos-Leis n.os 174/80, de 29 de maio, 251/80, de 24 de julho, 430/82, de 23 de outubro, e 267/86, de 3 de setembro, atribuiu ao então Ministro da Agricultura, Pescas e Alimentação a competência para autorizar a distribuição de verbas inscritas no orçamento do Ministério destinadas à concessão de subsídios às entidades ligadas aos sectores agrário, alimentar e das pescas em relação aos quais não haja legislação especial. O referido diploma procurou responder, assim, à necessidade do Ministério de dispor de

mecanismos legais que lhe permitissem atribuir subsídios aos sectores por si tutelados.

Face às atuais atribuições do Ministério da Agricultura e do Mar, importa alargar o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 82/77, de 5 de março, e adequá-lo aos sectores tutelados pelo Ministério, permitindo que, dentro das verbas inscritas no seu orçamento, sejam concedidos subsídios a ações e projetos desenvolvidos por entidades sem fins lucrativos ligadas ao sector marítimo, da silvicultura, da caça ou da pesca nas águas interiores, em relação aos quais não haja legislação especial.

Assim:

Nos termos da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

Artigo 1.º

Objeto

O presente decreto -lei procede à quinta alteração ao Decreto -Lei n.º 82/77, de 5 de março, alterado pelos Decretos-Leis n.os 174/80, de 29 de maio, 251/80, de 24 de julho, 430/82, de 23 de outubro, e 267/86, de 3 de setembro, no sentido de adequar o seu âmbito de aplicação aos sectores tutelados pelo Ministério da Agricultura e do Mar,

permitindo a concessão de subsídios a ações e projetos desenvolvidos no âmbito dos setores marítimo e florestal.

Artigo 2.º

Alteração do Decreto -Lei n.º 82/77, de 5 de março

Os artigos 1.º e 2.º do Decreto -Lei n.º 82/77, de 5 de março, alterado pelos Decretos -Leis n.os 174/80, de 29 de maio, 251/80, de 24 de julho, 430/82, de 23 de outubro, e 267/86, de 3 de setembro, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 1.º

É da competência do membro do Governo responsável pelas áreas da agricultura, do agroalimentar, das florestal e do mar a autorização para a utilização e distribuição de verbas inscritas no orçamento do respetivo Ministério destina das à concessão de subsídios às entidades ligadas aos sectores agrário, alimentar, florestal e do mar em relação aos quais não haja legislação especial.

Artigo 2.º

1 – [...]:

a) [...];

b) [...];

c) [...];

d) [...];

e) [...];

f) [...];

g) [...];

h) [...];

i) As entidades e associações sem fins lucrativos ligadas ao sector do mar, da silvicultura, da caça ou da pesca nas águas interiores, com a finalidade de contribuir para o pagamento de despesas inerentes à participação ou organização de exposições, feiras e outros eventos ou de reuniões e outras iniciativas de carácter técnico -científico.

2 – [...].

3 – [...].»

Artigo 3.º

Referências legais

No Decreto -Lei n.º 82/77, de 5 de março, alterado pelos Decretos -Leis n.os 174/80, de 29 de maio, 251/80, de 24 de julho, 430/82, de 23 de outubro, e 267/86, de 3 de setembro, com a redação dada pelo presente decreto -lei, todas as referências legais a «Ministério da Agricultura e Pescas», a «Ministro da Agricultura e Pescas» e a «Ministro da Agricultura, Comércio e Pescas» consideram -se feitas respetivamente a «Ministério da Agricultura e do Mar» e a «membro do Governo responsável pelas áreas da agricultura, do agroalimentar, florestal e do mar».

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 18 de setembro de 2014. – *Pedro Passos Coelho* – *Maria Luís Casanova Morgado Dias de Albuquerque* – *José Diogo Santiago de Albuquerque*.

Promulgado em 15 de outubro de 2014.

Publique -se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendado em 16 de outubro de 2014.

O Primeiro -Ministro, *Pedro Passos Coelho*.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 14/2014

Rec.º n.º 171/12.3taflg.g1 -A.S1

Acordam em conferência no Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça:

Artur Fernando Pinto Leite, Pedro Jorge Pinto Leite e Dina Maria Dinis Alvo da Silva, interpuseram recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do Ac. da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, transitado em julgado, proferido no P.º n.º 171/12.3TAFLG.G1, em que se decidiu, após revogação do despacho da M.ª JIC, pela pronúncia dos recorrentes pela prática de crime de desobediência, p. e p. pelo art.º 348.º n.º 1 b), do CPP, por, em inquérito, sob o n.º 220/10.O TAFLG, por crime de falsificação de documento, se terem recusado a participar na diligência de prova de recolha de autógrafos, ordenada pelo M.º P.º, que os advertiu da prática daquele crime, em caso daquela recusa.

Em oposição com este mostra -se o Ac. da Rel. Porto, de 28.7.2009, proferido no P.º n.º 0816480, também transitado em julgado, onde se sentenciou que num inquérito por crime de falsificação de documento é ilegítima a ordem emanada do M.º P.º no sentido de o arguido escrever pelo seu próprio punho determinadas palavras para posterior perícia à letra, com a cominação de, não o fazendo, incorrer em crime de desobediência.

Decidida com trânsito, neste STJ, a oposição de julgados, que se mantém, o recurso prosseguiu seus regulares termos, alegando, na sequência, o Exm.º Procurador Geral - Adjunto neste STJ e os recorrentes, de cujas conclusões consta:

1º Artur Fernando Pinto Leite, Pedro Jorge Pinto Leite e Dina Maria Dinis Alvo da Silva arguidos no processo n.º 171/12.3TAFLG.G1, cujo recurso correu termos na Secção Penal do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, não podendo conformar -se com o Acórdão de fls. daqueles autos, proferido, em conferência, por aquele Tribunal, que julgou procedente o recurso interposto pelo Ministério Público que teve por objecto a decisão instrutória proferida pela Exma. Juiz de Instrução Criminal, do 3º Juízo, do Tribunal Judicial de Felgueiras, e por conseguinte revogou o despacho de não pronúncia anteriormente proferido, promovendo a sua substituição por outro que, dessa feita, pronunciou os arguidos pelos factos constantes da

acusação, interpuseram e prosseguiu RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA para o VENERANDO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, porquanto do mesmo Acórdão, proferido a 1 de Julho de 2013, não é admissível recurso ordinário e encontra -se em manifesta oposição – no domínio da mesma legislação, sobre a mesma questão fundamental de direito – com outro proferido pela Venerável Relação do Porto, no âmbito do processo n.º 6480/08 -1, datado de 28 de Janeiro de 2009, publicado em [www. dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (N.º Convencional JTRP00042100), transitado em julgado, não existindo jurisprudência fixada por este Venerando Tribunal, da orientação perfilhada no Acórdão ora em crise;

2ª Pugnou o acórdão de que se recorre – proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães – pela tese de que devem os recorrentes ser pronunciados pelo crime de desobediência, p. e p, pelo artigo 348.º, n.º 1, al. b) do CP, por, em inquérito por crime de falsificação de documento, terem recusado participar na diligência de prova de recolha de autógrafos ordenada pelo M.P..

3ª Entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães que a ordem emanada pelo Ministério Público – órgão central da fase de inquérito no processo penal – é legítima. Tomando, assim, como ilegítima, a recusa protagonizada pelos recorrentes, cominando -a, conseqüentemente, na prática de um crime de desobediência p. e p. pelo artigo 348.º, n.º 1, al. b), do CP.

4ª A decisão recorrida interpretou e aplicou erradamente os artigos 60.º e 61.º, n.º 1, al. d), e n.º 9 al. d), os artigos 171.º a 173.º e 125.º e 126.º, todos do C.P.P. e o artigo 348.º do C.P.

5ª Julgou o Venerável Tribunal da Relação do Porto no acórdão fundamento, em sentido oposto, decidindo que “Num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem dada pelo magistrado do Ministério Público ao arguido no sentido de escrever pelo seu punho determinadas palavras, com vista a posterior perícia à letra com a cominação de que, não o fazendo, comete um crime de desobediência”.

6ª Nesse sentido, decidiu aquele tribunal que, nestes casos, a ordem emanada pelo M.P. é ilegítima e bem assim a cominação decorrente da recusa daquela.

7ª A decisão fundamento do presente, interpretou e aplicou correctamente os mesmos artigos 60.º e 61.º, n.º 1, al. d), e n.º 3 al. d), artigos 171.º a 173.º e 125.º e 126.º, todos do C.P.P, artigo 348.º do C.P.

8ª As diligências de prova a que o arguido se encontra obrigado são apenas aquelas que se encontram especificadas na lei, conforme previsto nos artigos 60.º e 61.º, n.º 3, alínea d), do Código de Processo Penal, e das quais não resulta a recolha de autógrafos.

9º Se o arguido não é obrigado à recolha, não poderá ser sancionado, muito menos acusado,

pela prática de um crime de desobediência, quando recusa a feitura da mesma.

10º Ainda que se entenda que a recolha de autógrafos, apesar de não especificada, se enquadra no artigo 61.º, n.º 3, al. d), do C.P.P., assim como qualquer outra diligência de prova não especificada, não pode a mesma ter por finalidade a extorsão de declarações ou de quaisquer actos processuais que não sejam expressão da vontade livre do arguido, sob pena da violação, entre outros, do artigo 61.º, n.º 1, al. d), do CP.P.

11º Ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação (nemo tenetur), através do exercício do direito ao silêncio ou do direito a não facultar meios de prova.

12º A acusação no processo criminal deverá provar a sua tese contra o acusado sem o recurso a elementos de prova obtidos através de métodos opressivos com desrespeito pela vontade deste.

13º A cominação em análise (em crime de desobediência a recusa na participação em diligência de prova de recolha de autógrafos) invade, sem dúvida, o campo da inadmissível auto -incriminação coerciva e encontra -se bem longe dos exames, revistas, acareações ou reconhecimentos, admissíveis mesmo se coactivamente impostos.

14º No caso concreto, era exigido aos recorrentes um comportamento preciso, uma acção específica, tal procedimento contende, efectivamente, com o seu direito à não auto -incriminação.

15º Pelo que é ilícito impor aos arguidos, em abstracto, a realização duma conduta probatória para a qual a lei não realizou previsão específica, porquanto aquela conduta ordenada pelo M.P. (a realização de autógrafos) depende exclusivamente da vontade e liberdade daqueles, configurando a imposição uma violação do princípio nemo tenetur.

16º Mais apresenta -se também como violadora daquele princípio a cominação de que o não acatamento daquela ordem os constituiria, como constituiu, autores de um crime de desobediência.

17º Pelo que, por maioria de razão, será lícita a recusa que deu origem quer aos autos do acórdão fundamento quer aos do acórdão recorrido, porquanto a ordem de recolha de autógrafos tem a mesma natureza que a prestação de declarações, como tal, os arguidos têm o direito de se recusar a cumpri -la, nos mesmos moldes e com as mesmas azões que lhe permitem eximir -se a responder a perguntas sobre a matéria de acusação, sem que, com tal atitude, cometam um crime de desobediência.

18ª Assim, deve ser fixada jurisprudência pelo STJ no sentido de que «NUM INQUÉRITO POR CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO, É ILEGÍTIMA A ORDEM DADA PELO MAGISTRADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO ARGUIDO NO SENTIDO DE ESCREVER PELO SEU PUNHO DETERMINADAS PALAVRAS,

COM VISTA A POSTERIOR PERICIA À LETRA COM A COMINAÇÃO DE QUE, NÃO O FAZENDO, COMETE UM CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.” e resolvido o conflito no sentido da prevalência da doutrina do acórdão fundamento. Concluindo no seu parecer, o Exm.º Procurador Geral Adjunto, neste STJ, ao abrigo do art.º 442.º n.º 2, do CPP, disse:

1 - Em Inquérito tendo em vista a investigação do crime de falsificação de documento, a ordem dada ao arguido para recolha coerciva de autógrafos tem de ser ponderada à luz do seu direito de defesa, constitucionalmente tutelado (art. 32.º da CRP), bem como do respeito pela sua dignidade pessoal, reflectido no preceito contido no art. 61.º, n.º 3/d) do CPP e tendo designadamente em conta a sua repercussão no exercício do direito à não auto -incriminação, direito este que lhe é conferido como corolário lógico do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

2 - A controvérsia sobre o exacto conteúdo e extensão do princípio do direito à não auto -incriminação, mormente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova - quer por declarações quer por sujeição a outras formas de obtenção de prova -, tem de ser dirimida pela via da compatibilização ou concordância prática dos interesses em jogo, com salvaguarda dos direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente e apelo ao princípio da necessidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP).

3 - O acto de recolha de autógrafos por parte de alguém que assumiu já o estatuto de arguido tem subjacente a imposição àquele do dever de colocar em papel a sua própria escrita.

4 - Essa inserção escrita de determinadas palavras num suporte de papel mais não configura do que a elaboração, ex novo - porque ao tempo inexistente -, de um documento, feito com a colaboração activa do arguido e, se não consentido, contra a vontade deste.

5 - Por outro lado, para além de esse acto de recolha não constituir em si mesmo uma perícia, mas apenas um acto preparatório, de recolha/colheita de elementos (amostras de escrita manual) que a viabilize, a colaboração activa do arguido é determinante para que, no respectivo processo, se disponha de elementos capazes de servir de base a essa perícia, sendo que esta, se desfavorável ao arguido, poderá vir a se usada contra si como meio de prova.

6 - Não pode por isso deixar de concluir -se, neste quadro, que a colaboração activa imposta ao arguido tendo em vista a obtenção, “ex novo”, de elementos que não existam independentemente da sua vontade - a produção pelo seu punho de amostras de escrita manual - colide com o seu direito à não auto -incriminação.

7 - O Tribunal Constitucional (TC), em sintonia aliás com a linha de orientação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), vem

afirmando jurisprudência no sentido de que o direito ao silêncio comporta o direito de o arguido não prestar declarações e de não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem, salvo se permitidos por lei que preveja a sua obtenção de forma coerciva ou sem o seu consentimento, tudo nos termos pressupostos pelos arts. 18, n.º 2, 25.º e 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º do CPP, e desde que não fira de forma desproporcional ou intolerável os seus direitos e garantias de defesa. O que vale por dizer que só não ocorre a violação do direito de não auto -incriminação quando são utilizadas em processo penal evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, desde que previstas em lei prévia à prática dos factos.

8 - Ora, e ao contrário do que sucede por exemplo com a obrigatoriedade de submissão a exames de alcoolemia ou de pesquisa de substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, tal como de sujeição a exames no âmbito das perícias médico -legais quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, normativamente previstas (arts. 152.º e 153.º do Código da Estrada e 6.º da Lei n.º 45/2004, de 29 de Agosto), nem no actual Código de Processo Penal, nem em legislação processual penal avulsa, existe qualquer disposição legal expressa que regule particularmente esta específica recolha de amostras de escrita e, assim, imponha ao arguido a obrigação de para esse efeito se sujeitar ao dever de prestação de autógrafos.

9 - A conjugação do complexo normativo decorrente dos arts. 60.º, 61.º, n.º 3/d) e 172.º, n.º 1, todos do CPP, pressupõe que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles se não pode, evidentemente, retirar o dever ou a especificação que nos mesmos está subentendida. Como diz o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 155/2007, a tentativa de extrair daqueles preceitos do CPP a norma de habilitação para a realização dos exames que agora estão em causa assenta no vício lógico de dar por demonstrado o que se pretende demonstrar. Dito de outra forma: o artigo 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, que prescreve a possibilidade de realização coactiva dos exames que sejam devidos (i.e., que a autoridade judiciária competente possa determinar e, consequentemente, que o arguido tenha o dever de suportar), pressupõe - mas não permite fundamentar - o dever de o arguido se sujeitar a um concreto tipo de exame. E o mesmo acontece com o artigo 61º, nº 3, alínea d), quando estatui que recai especialmente sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei.

10 - Nos termos e para os efeitos da previsão típica cominada no art. 348.º, n.º 1 do Código Penal, a obediência devida a uma ordem

pressupõe que a mesma seja legítima, isto é que não contrarie o ordenamento jurídico no seu todo.

11 - Inexistindo no quadro normativo vigente qualquer preceito legal que credencie a possibilidade de imposição ao arguido em processo penal do dever de, para os apontados fins, produzir autógrafos, não pode deixar de concluir-se pela ilegitimidade da ordem que, com ou sem cominação, lhe seja dada nesse sentido. Nesse caso o arguido não faltou à obediência devida que a ordem pressupõe.

12 - De resto, sendo único desiderato da diligência em causa a obtenção de elementos de prova em processo penal, é evidente que só uma recolha de autógrafos que seja minimamente fiável se mostra susceptível e adequada à possibilidade de cumprimento da sua função que é, no caso, a de sustentar uma perícia que, em termos de prova, dentro da fiabilidade cientificamente possível, possa levar a um maior ou menor grau de certeza.

13 - Só que o acto de produzir genuínos e verdadeiros autógrafos traduz -se inexoravelmente numa prestação pessoal, intimamente ligada a uma vontade intelectual/mental do arguido. Pelo que em caso de recusa, não sendo possível aferir e/ou controlar essa veracidade ou genuidade no momento da respectiva recolha, segue -se que se não vislumbra que tenha justificação bastante o dispêndio de meios, humanos e materiais, para a realização de actos processuais à partida anódinos para a consecução dos fins a que se destinam. E, como é sabido, a lei veda sempre a prática de actos inúteis (art. 130.º do CPC).

14 - Quadro em que, e à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional supra citada, não pode deixar de ser posta em causa a legitimidade dessa concreta restrição de direitos do arguido, por se tratar de uma diligência à partida não adequada ao resultado que com ela se visa obter.

15 - Ademais, a própria evolução legislativa da matéria em apreço só pode apontar no mesmo sentido: não podendo o legislador ignorar, como é evidente, o regime normativo do CPP/29, que revogou e substituiu pelo do CPP/87 [arts. 1.º e 2.º do DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro], o certo é que optou, nesta parte, por não introduzir neste último corpo normativo preceito de alcance idêntico ao do anterior art. 195.º [do CPP/29], que previa e regulava expressamente o exame em causa, cominando a respectiva recusa com o crime de desobediência qualificada.

Propõe -se, pois, que o Conflito de Jurisprudência existente entre os acórdãos da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, proferido pela respectiva Secção Penal no Processo n.º 171/12.3taflg.G1, e da Relação do Porto, de 28 de Janeiro de 2009, proferido pela 1.ª Secção no âmbito do Processo n.º 6480/08 - 1.ª, seja resolvido nos seguintes termos:

«Em inquérito em cujo âmbito se investigue a prática de um crime de “falsificação de documento”, a recusa do arguido no cumprimento de uma ordem para produzir autógrafos com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, não integra a prática do crime de desobediência, da previsão da alínea b) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal, mesmo que lhe tenha sido feita a correspondente cominação ali prevista».

O teor da argumentação dos acórdãos em confronto:

Sobre o acórdão recorrido:

O Ac. do STJ, de 10.1.2005, disponível em <http://www.dgsi.pt/stj>, entende que o direito ao silêncio do arguido, abrange, apenas, o interrogatório substancial do mérito, ou seja a factualidade integradora da acusação e as declarações sobre ela prestadas e a questão da culpabilidade, que comporta excepções como a resultante da al. d) do n.º 3 do art.º 61.º, do CPP, e o dever de responder com verdade às perguntas feitas pela entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais.

São visíveis na doutrina duas concepções sobre o direito ao silêncio, uma de extensão minimalista, restringindo o silêncio à prova por declarações e sobre os factos imputados e outra, de âmbito maximalista, defendendo que o arguido se não acha obrigado a fornecer prova por declarações, proibição extensiva à prova documental ou qualquer outra.

Segundo Lara Sofia Pinto, in *Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido - Prova Criminal e Direito de Defesa*, Almedina, 119, o direito ao silêncio, distinto do direito à não auto -incriminação, componentes do princípio “*nemo tenetur se accusare*”, não são absolutos, são passíveis de restrições, à luz daquelas concepções.

Haveria que distinguir, na visão maximalista, entre a não sujeição a provas que impliquem um comportamento activo, caso das declarações, entrega de documentos, etc, de participação auto -incriminatória do arguido, e a participação que importe um comportamento passivo, de sujeição do arguido a diligências probatórias, por exclusão da aplicação do princípio.

Outra posição, não comportando restrições, faz impender sobre o arguido a sujeição a todo o tipo de provas, com os limites do art.º 126.º, do CPP, sendo o autógrafo um exame, admitido nos art.ºs 171.º a 173.º, do CPP, não proibido no art.º 125.º, do CPP.

Ao M.º P.º, em inquérito, incumbe a realização do exame em causa, para perseguição penal, que não pode ser entravada pelo arguido, não se englobando aquela diligência entre os exames atribuídos, em inquérito, à autorização do juiz - art.º 172.º, do CPP, sobre características físicas “intrusivas”, colheitas de sangue, urina, saliva,

cabelo, fluídos, passíveis de ofensa ao pudor das pessoas, etc, ou psíquicas.

Aderindo a esta visão mais ampla, relevando a competência do M.^o P.^o para ordenar o exame, em nome do imprescindível valor da tutela dos valores penalmente relevantes, por isso a ordem que emanou em inquérito, confirmada pela Relação, em discordância da proferida pela M.^a Juiz, é conforme à lei, e, por se mostrarem preenchidos os pressupostos objectivos e subjectivos do crime de desobediência, ilacionou que a recusa em prestar os autógrafos esse crime configura, apoiando -se na doutrina em Sofia Saraiva de Menezes, in o Direito ao Silêncio – A verdade por trás do Mito, Almedina, págs. 118 e 119. 1

Sobre o acórdão fundamento:

O arguido tem o dever de se sujeitar a diligências de prova, nos termos do disposto nos arts. 60.^o e 61.^o, n.^o 3/d) do CPP, devendo, no entanto, entender -se que este dever não abrange todo e qualquer tipo de prova (art.^o 125.^o CPP), mas apenas as diligências de prova que estejam “especificadas na lei”, sendo que a recolha de autógrafos se não mostra como tal normativamente especificada.

De resto, e pelo menos no caso concreto, não estava o Ministério Público impedido de, em alternativa, providenciar pela obtenção de documentos manuscritos pelo arguido, através da sua prévia apreensão, mormente, e se necessário, com recurso a buscas devidamente autorizadas, ordenando subsequentemente, com base neles, a realização da perícia à escrita. O que vale por dizer, pois, que a recolha de autógrafos, sendo embora a via mais fácil, não era a única via à disposição do Ministério Público para obtenção daquele desiderato.

A exigência de que esteja especificada na lei não se basta com a previsão genérica contida na mencionada alínea d) do n.^o 3 do art. 61.^o do CPP, sob pena de, como pode ler -se no Ac. do TC n.^o155/2007, se pretender «dar por demonstrado o que se pretende demonstrar». Ademais, se todos os casos de recusa de submissão a diligências de prova devessem merecer a censura típica do crime de desobediência, o legislador tê -lo -ia previsto expressamente naquele segmento normativo [alínea d) do n.^o 3 do art. 61.^o], bastando para tanto acrescentar à sua respectiva previsão a expressão: “sob cominação de incorrer no crime de desobediência em caso de recusa ou não cumprimento”.

A recolha de autógrafos implica uma acção positiva do arguido que não se confunde com o mero tolerar passivo da actividade de terceiro.

Por razões de política criminal, cominou o legislador – com o crime de desobediência ou outra incriminação específica – a recusa ou oposição à submissão a determinadas diligências probatórias (por ex., a submissão às provas para detecção de álcool no sangue), não tendo feito

idêntica opção para a recolha de autógrafos, tal como, aliás, também para os casos de sujeição a exame nos termos do art. 172.^o, e/ou da submissão a perícia nos termos do art. 154.^o, n.^o 2, ambos do CPP, isso só pode significar que, na ponderação dos interesses em equação, decidiu o legislador, no exercício da sua liberdade de conformação, excluir da tutela penal a conduta do arguido que recuse tal colaboração com a investigação.

O arguido goza do estatuto de sujeito processual e não pode ser transformado em meio ou em objecto de prova contra si próprio, motivo pelo qual lhe foi conferido o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, designadamente por via do exercício do direito ao silêncio.

Sem disposição expressa que imponha a recolha de autógrafos coactiva e que sancione a recusa como desobediência, fazer -lhe uma tal cominação atenta contra o princípio da legalidade.

O direito de não prestar declarações envolve qualquer tipo de linguagem (oral, gestual, escrita) e/ou qualquer forma de comunicar, sendo portanto compreensível e adequada a equiparação entre a recusa a prestar autógrafos e o exercício do direito de não prestar declarações, quer oralmente quer por escrito, de forma directa ou indirecta.

A questão a dirimir prende com a de saber se em inquérito pela prática de um crime de “falsificação de documento”, a recusa do arguido no cumprimento de uma ordem para escrever pelo seu punho certas palavras, com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, pode ou não fazê -lo incorrer, feita que seja a devida cominação, na prática de um crime de desobediência, da previsão da alínea b) do n.^o 1 do art. 348.^o do Código Penal.

Nesse exercício, há desde logo que começar por evidenciar que a redacção actual do citado preceito [art. 348.^o do Código Penal] é a resultante da revisão operada pelo Decreto -Lei 48/95, de 15 de Março1.

De forma a que não se desarmasse a Administração Pública de poder dar eficácia às suas ordens/decisões, foi ponderada a necessidade de «restringir o âmbito de aplicação do artigo pois é excessivo proteger desta forma toda a ordem».

A propósito da sua respectiva estrutura típica anota Cristina Líbano Monteiro2 que «só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade donde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou mandado desse tipo, torna -se indispensável (...) que lhe seja regularmente comunicado». E esclarece mais adiante a mesma autora3 que a ordem da autoridade ou funcionário «deve caber dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere: naquele momento, naquela matéria e para aquele lugar».

Do mesmo modo, e sobre a estrutura típica deste ilícito penal, também Paulo Pinto Albuquerque⁴ diz que, citamos, «a ordem e o mandado são legítimos quando não contrariam a ordem jurídica no seu todo», e que «a autoridade e o funcionário são competentes quando têm o poder legal para proferir a ordem ou o mandado».

Mas não basta desobedecer a uma ordem emanada por funcionário ou autoridade competente para que se cometa o crime de desobediência. É ainda necessário que esse dever de obediência tenha como fonte uma disposição legal [alínea a)] ou, na ausência desta, que a autoridade faça a correspondente cominação [alínea b)]. Feitas estas considerações sobre a actual estrutura típica do aludido preceito, e estando em causa no caso sub iudice a questão de saber se comete o crime em causa o arguido que, em sede de inquérito por crime de falsificação de documento, não obedece a uma ordem, regularmente comunicada, para produzir autógrafos com vista à ulterior realização de exame pericial de escrita manual, a respectiva resposta está dependente desta outra, prévia, de indagar se tal ordem é ou não legítima. Sendo que só no caso de ser legítima, lhe será devida obediência. Ou seja, no caso concreto, a legitimidade da ordem é que constituirá elemento definitivo para a qualificação da conduta desobediente como crime.

A ordem será legítima se, como já vimos, ela não contrariar o ordenamento jurídico no seu todo. Pelo que se impõe começar por avaliar se a ordem dada ao arguido para, coercivamente, produzir autógrafos é ou não conforme ao ordenamento jurídico. Conformidade essa que, tal como o fizeram aliás os arestos aqui em oposição, tem de colocar -se desde logo precisamente no campo dos direitos e deveres processuais normativamente conferidos ao arguido pelo nosso ordenamento jurídico processual penal.

Como é sabido, e ao contrário do que sucedia no domínio de vigência do Código de Processo Penal de 1929, que assentava numa estrutura basicamente inquisitória, o modelo actual, introduzido a partir da revisão operada pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, veio conferir ao arguido o estatuto de sujeito processual.

E daí que, sob a epígrafe: “Posição processual do arguido”, a lei processual densifique a consagração desse estatuto ao prescrever no seu art. 60.º que, citamos (com sublinhados nossos):

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

Esta condição de sujeito processual confere -lhe pois, dando aliás corpo ao comando constitucional contido no art. 32.º da Constituição da República,

entre outros, o direito de defesa e o direito à presunção de inocência.

Tal como ensina Figueiredo Dias⁵, a presunção de inocência «assume reflexos imediatos sobre o estatuto do arguido enquanto “meio” processual - seja enquanto objecto de medidas de coacção, seja enquanto meio de prova». E chama a atenção de que este princípio, «ligado agora directamente ao princípio - o primeiro de todos os princípios constitucionais - da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade (...). Só no exercício de uma plena liberdade de vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constituir objecto do processo»⁶.

A esta luz, há que dizer então que a resposta ao problema que nos ocupa, relativo à possibilidade de imposição ao arguido do dever de produzir autógrafos, não pode deixar de equacionar -se precisamente nesta sede: a da preservação da sua dignidade pessoal enquanto sujeito do processo.

Esse respeito pela dignidade da pessoa do arguido está reflectido no artigo 61.º do CPP, em cujo n.º 3, alínea d), se prescreve que o arguido goza, em especial, do direito de 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.

Ou seja, dá -se efectividade ao direito do arguido ao silêncio, direito este que está ligado ao seu direito de não colaborar na sua própria incriminação.

É através da vertente do direito ao silêncio que se consagra e manifesta no nosso ordenamento jurídico o princípio do direito à não auto -incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)⁷, já que este último, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, não tem tutela expressa na CRP⁸.

Não é, todavia, objecto de controvérsia, na jurisprudência e na doutrina, que o princípio em causa tem consagração constitucional implícita⁹. Como também ensina o Professor Costa Andrade¹⁰, a vigência deste princípio afigura -se “unívoca” sendo «decisiva, desde logo, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência, em geral referenciados como matriz jurídico-constitucional do princípio».

A indiscutível importância e reconhecimento do direito à não auto -incriminação está também reflectida em textos internacionais como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art.º 6.º) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.º).

Não obstante a referida inexistência de controvérsia sobre a tutela constitucional do princípio ao direito à não auto -incriminação, sempre têm surgido dúvidas sobre o seu exacto

conteúdo e extensão, designadamente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova [quer através das suas declarações, quer por via da sua sujeição a outras formas de obtenção de prova, tal como os exames].

O professor Costa Andrade reconhece, aliás, que essas dúvidas se adensam tanto mais quanto nos aproximamos da «zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meios de prova. Nesta zona cinzenta deparam -se, não raramente, situações em que não é fácil decidir»¹¹.

Importará por isso, no apontado contexto, dar breve resenha da forma como a doutrina e a jurisprudência têm dado densidade interpretativa ao dito princípio do direito à não auto -incriminação.

Permitimo -nos para tanto começar por convocar aqui o estudo elaborado pela Sr.^a juíza Joana Costa¹², assessora do Tribunal Constitucional, em cujo âmbito, e através da “análise cruzada” à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, esta Exma magistrada conclui ser possível identificar, expressa ou implicitamente, nesta jurisprudência «um conjunto de critérios normativos e operativos (...) que, quanto ao princípio nemo tenetur, densificam e concretizam as proposições de carácter geral, relativamente vago e até por isso consensual».

Considera ainda a autora do citado estudo, sobre este princípio, que daquela jurisprudência resulta que «o direito à não auto -incriminação relaciona -se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e (...) não abrange já a utilização, em processo penal, de elementos susceptíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsivos, contando que a respectiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN».

No que respeita ao direito ao silêncio por seu turno, a violação do princípio «pode ser desencadeada, quer pela decisão que sanciona o visado por não ter prestado declarações, quer pela consideração em julgamento de declarações anteriormente prestadas sob coerção, mas já não pela regular atendibilidade do silêncio do acusado no âmbito de juízos probatórios de inferência nos casos em que o acusado haja sido expressamente advertido de tal possibilidade».

E, por outro lado, «o privilégio da não auto -incriminação é aplicável à obtenção coerciva de prova documental através da colaboração activa do acusado, ainda que se trate de documentos preexistentes ou pré -constituídos e, portanto, que não careçam de ser produzidos na sequência da intimação ou por causa dela».

Pode concluir -se portanto, à luz do referido estudo, que perante a jurisprudência que vem sendo firmada pelo TEDH, fica comprometida a utilização, em processo penal:

- De elementos de prova que, através de poderes compulsivos, se obtenham do acusado e que não existam sem a sua vontade;
- De prova documental obtida do acusado através da sua colaboração activa, através de poderes compulsivos, quer os documentos já existam aquando da intimação quer sejam produzidos na sequência desta;
- De declarações prestadas pelo acusado sob coerção.

E o Tribunal Constitucional, quando chamado a pronunciar -se sobre questões que se prendam com esta problemática, tem vindo a convocar para as respectivas decisões a jurisprudência do TEDH. Assim sucedeu por exemplo no caso apreciado no Acórdão n.º 155/2007, de 02 de Março, em cuja fundamentação, fazendo -se alusão precisamente ao acórdão Saunders v. Reino Unido, no seguimento dessa jurisprudência, bem como da doutrina de Gomes Canotilho consubstanciada em parecer junto aos respectivos autos¹³, se considerou que «o direito à não auto -incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN».

Considerou -se ainda que «essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado.

Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto -incriminação». E daí que nesse caso concreto tenha decidido o Tribunal Constitucional que não viola o princípio da não auto -incriminação a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético quando este tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita.

Mais recentemente, no acórdão n.º 418/2013, de 15 de Julho, do mesmo Tribunal, fazendo -se mais uma vez alusão ao caso Saunders v. Reino Unido, chama -se a atenção para o facto de ali ter sido considerado que «o direito à não auto -incriminação não se estende à utilização, num processo criminal, de meios de prova que possam ser obtidos do arguido e que existam

independentemente da sua vontade, por exemplo, recolha de amostras de sangue».

Nessa conformidade, decidiu -se também que a recolha de amostra de sangue, em condutor incapaz de prestar ou recusar o seu consentimento, para detecção do grau de alcoolemia, não implica uma violação do direito à não auto-incriminação. Isto porque, como aí se disse, essa recolha, para além de constituir a «base para uma mera perícia de resultado incerto» não contém «qualquer declaração ou comportamento activo do examinando no sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização».

Da jurisprudência do TEDH e do TC resulta pois, com meridiana clareza, que é dada particular relevância ao critério da dependência ou independência da vontade do arguido. Como vimos, seguindo tal critério, não fica comprometida a utilização, no processo penal, de elementos de prova que se obtenham do acusado, através de poderes compulsivos, desde que existam independentemente da sua vontade. Isto é, a obtenção de tais elementos, nessas condições, não viola o princípio da não auto -incriminação.

Já na doutrina, por outro lado, não pode deixar de convocar -se aqui, sobre a matéria em causa, a opinião de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos¹⁴, na medida que estes autores, criticando uma concepção demasiado restritiva do princípio da não auto -incriminação¹⁵, explicam o modo como, em seu entender, se deve definir o conteúdo e alcance do princípio nemo tenetur, ao mesmo tempo que fazem o enfoque desta matéria com a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Segundo eles, e reconhecendo embora que é complexo o âmbito de validade do princípio e que ele se vai relativizando e ficando dependente de concordância prática «à medida que nos afastamos de concretizações nucleares como o direito ao silêncio ou à não entrega de documentos íntimos», aderem à concepção de DWORKIN e de ALEXYS segundo a qual «o Dasein dos princípios é em colisão com outros e o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério all or nothing, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando -os entre si na situação concreta»¹⁶.

Nesse quadro, «quando um princípio, direito ou garantia, é superior a outro de acordo com critérios de relevância constitucional e não é possível na situação concreta salvaguardar alguns aspectos do princípio inferior, nesse caso, é permitido o sacrifício deste último. As ponderações envolvidas na resolução da colisão de princípios podem ser realizadas tanto pelo juiz, no caso concreto, como pelo legislador, para uma constelação ou grupo de casos.»¹⁷.

Não deixam no entanto de criticar um critério que se baseie na dependência ou independência da vontade do indivíduo, isto na medida em que

este deixa de fora do princípio nemo tenetur «prestações pessoais exigidas sob ameaça de sanção, mas independentes da vontade do sujeito, que não passam por uma elaboração espiritual da sua parte»¹⁸. Ou seja, o princípio ficaria praticamente cingido às declarações orais.

Consideram, pois, que «a imposição forçada de fornecer prova e de assim contribuir para a auto -incriminação, pela compressão que provoca ao nível dos direitos à integridade pessoal, à privacidade e a não fornecer elementos auto-incriminatórios, só se justifica se do seu lado estiverem em jogo direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalectente»¹⁹.

Daí que, no que respeita por exemplo à sujeição ao teste de alcoolemia considerem que a sujeição a este dever reside «não numa «manobra» conceptual, estribada num critério duvidoso, que coloca a situação fora do alcance do nemo tenetur, mas no elevado valor social e constitucional dos bens jurídicos que com aqueles deveres se pretendem proteger»²⁰.

Os citados autores, considerando que este seu raciocínio está suportado na fundamentação do acórdão 155/200721 do TC, aplaudem o facto de tal aresto ter resolvido bem «o problema do ponto de vista metodológico. Ou seja, ter reconhecido que é necessário aferir a grandeza do que se pretende tutelar com a restrição feita, aludindo -se à indispensabilidade de se apelar «à ponderação de bens e ao princípio da proporcionalidade consagrado no nº 2 do artº 18 da CRP»²²:

Contudo, já quanto à ponderação valorativa, não deixam de criticar o facto de aquela decisão não ter incluído o princípio nemo tenetur entre os princípios afectados pela colheita coactiva de material orgânico, com o fundamento de que “o direito à não auto -incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo...o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito»²³.

Concluem assim que aparentemente o TC, no caso concreto, se poderia ter baseado numa concepção restritiva do princípio nemo tenetur, fazendo uma menos adequada ponderação valorativa da questão na medida em que «revela uma disponibilidade quase ilimitada para admitir que o arguido seja transformado em banco de prova e exclui expressamente o nemo tenetur, em nome de uma concepção restritiva que limita praticamente o alcance do princípio às declarações orais e ao direito ao silêncio»²⁴.

Sufragam, em suma, o entendimento no sentido de que «o direito a não prestar declarações contra si mesmo constitui a realização -mor do nemo tenetur»; mas chamam a atenção para que «o princípio possui uma área menos central ou mais periférica, intervindo sempre que alguém é levado a contribuir para a sua própria auto -incriminação,

por isso, que a sua amplitude não depende de critérios centrados na distinção entre conduta activa e tolerância passiva ou na distinção entre dados dependentes e não dependentes da vontade do sujeito, esta última proveniente da jurisprudência do TEDH»²⁵.

Aqui chegados, tem de ter -se por adquirido que é precisamente no âmbito do princípio atinente ao direito à não auto -incriminação que podem suscitar -se dúvidas sobre a legitimidade da ordem dada ao arguido para produzir autógrafos sob pena de a respectiva recusa o fazer incorrer na prática do crime de desobediência. O mesmo é dizer sobre a questão de saber se a imposição daquele dever viola ou não o direito do arguido à não auto -incriminação.

É esta questão que, de seguida, nos propomos equacionar e enfrentar.

Nesse desiderato, há que começar por evidenciar que, em bom rigor, o acto de recolha de autógrafos por parte de alguém que assumiu já o estatuto de arguido tem subjacente a imposição àquele do dever de colocar em papel a sua própria expressão escrita.

Essa inserção escrita de determinadas palavras num suporte de papel mais não configura do que a elaboração de um documento²⁶, ao tempo inexistente, elaboração essa feita com a colaboração activa do arguido e na sequência da intimação nesse sentido.

Por outro lado, para além desse acto de recolha não constituir, em si mesmo, uma perícia²⁷, mas apenas um acto preparatório, de recolha, de colheita de elementos (amostras de escrita manual) que a viabilize, certo é que a colaboração activa por parte do arguido é, nesse caso, determinante para que, no processo, se disponha de elementos capazes de servir de base a essa perícia. E esta, caso venha a ser desfavorável ao arguido, poderá ser usada contra si enquanto meio de prova.

E não se diga que tais autógrafos, à partida, não constituem mais do que uma base para uma perícia de resultado incerto²⁸. Evidentemente que um tal raciocínio só seria verdadeiro na perspectiva dos outros sujeitos processuais, mas não do arguido. Em especial, no caso de este poder ser, efectivamente, o autor da letra que consta no documento cuja perícia se pretende.

Não pode assim deixar de concluir -se, neste quadro e também à luz da supra citada jurisprudência do TC e do TEDH - [e isto tanto na perspectiva daquilo que tem sido defendido em relação ao não dever de entrega de documentos produzidos na sequência da intimação, como em relação à colaboração activa do arguido em relação a elementos que não existam independentemente da sua vontade] - que a imposição ao arguido no sentido de, contra a sua vontade, produzir pelo seu punho “amostras de escrita manual”, colide com o seu direito à não auto -incriminação.

Mas tendo em conta que a nossa lei fundamental não proíbe em absoluto, como já vimos, a restrição legal de certos direitos, liberdades e garantias, será que a recolha de autógrafos aqui em causa pode ainda ser incluída no âmbito dos casos em que a lei admite uma restrição àquele concreto direito?

A nossa resposta, diga -se desde já, vai no sentido negativo.

Vejamos porquê.

Como pode ler -se no já citado acórdão do Tribunal

Constitucional n.º 155/2007, citamos de novo, «da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i)for autorizada pela Constituição (artigo 18.º, n.º 2, 1ª parte); (ii)estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto -lei autorizado (artigo 18.º, n.º 2, 1ª parte e 165.º, n.º 1, alínea b); (iii)visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18.º, n.º 2, in fine); (iv)for necessária essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objectivo (artigo 18.º, n.º 2, 2ª parte); e (v)tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18.º, n.º 3), da Constituição».

Ora, quanto à exigência de credenciação constitucional para legitimar uma restrição de direitos, importa desde logo ter presente o disposto no art.º 18.º, n.º 2 da Constituição, nos termos do qual «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar -se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

Sendo certo que inexistente norma expressa que permita a restrição do direito à não auto -incriminação, será oportuno convocar aqui o que, sobre a dimensão normativa do citado preceito, diz o Tribunal Constitucional, mormente naquele aresto n.º 155/2007, em cujo texto pode ler -se que, citamos, «uma primeira leitura deste preceito poderia sugerir que aqueles direitos fundamentais, como é o caso de alguns preceitos dos que agora estão em causa (por exemplo o direito à integridade física), para os quais a própria Constituição não prevê expressamente a possibilidade de restrições legais, seriam pura e simplesmente insusceptíveis de ser restringidos».

E, tal como a própria doutrina²⁹ 30, diga -se que, apontando em idêntico caminho, também o Acórdão n.º 340/2013, do mesmo Tribunal, reportando -se em concreto ao direito à “não auto -incriminação”, diz que, voltamos a citar, «tem sido reconhecido que o direito à não auto -incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em

determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)».

Sendo assim constitucionalmente admissível, nos apontados termos, uma compressão ao direito à “não auto-incriminação” com vista à prossecução das finalidades próprias do processo penal, deve então averiguar -se, à luz da citada jurisprudência do Tribunal Constitucional, se existe ou não norma legal que, no caso concreto, sustente tal compressão.

Neste ponto, há que começar por evidenciar que tanto o acórdão recorrido, quanto o acórdão fundamento, partem da necessidade de convocação ao caso do preceito contido no art. 61.º, n.º 3 alínea d) do CPP, segundo o qual o arguido se deve sujeitar a “diligências de prova [...] especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”. Só que a partir dele, enquanto o primeiro [o acórdão recorrido] conclui que esse segmento normativo é para tanto credencial suficiente, isto porque, e em suma, de outra forma ficaria irremediavelmente comprometida a descoberta da verdade material; já o segundo [o acórdão fundamento] por seu turno, concluiu diferentemente que aquele preceito abarca apenas a obrigação de o arguido se sujeitar a diligências de prova “especificadas na lei” e que a obrigatoriedade de sujeição a recolha de autógrafos não está como tal legalmente prevista.

Ora, sobre essa necessidade de especificação legal das diligências de prova também o Tribunal Constitucional, no supra citado aresto n.º 155/2007, apontava precisamente no sentido de que aquele preceito pressupõe que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei. O que significa portanto, como é bom de ver e ali se conclui, que daquele art.º 61.º, n.º 3/d) do CPP «não pode, logicamente, retirar -se o dever ou a especificação que o mesmo pressupõe».

Como a este propósito, e precisamente neste mesmo sentido anota o Sr. Desembargador Cruz Bucho, no estudo³¹ acima indicado [nota n.º 30], que, citamos, «Mas, nem no actual Código de Processo Penal, nem em legislação processual penal avulsa, existe disposição expressa que regule particularmente esta específica recolha de amostras de escrita.

E, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

Não se pretenda encontrar essa habilitação legal no

disposto no n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal, segundo o qual “Se alguém pretender eximir -se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Não é pelo facto de a recolha de autógrafos revestir a natureza de exame que por via do citado n.º1 do artigo 172.º o arguido pode ser compelido, sob ameaça de desobediência, a prestar autógrafos.

O n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal apenas permite compelir alguém à realização de um exame devido. Mas o exame só é devido ou, em termos mais gerais, o arguido só está adstrito ao dever de se sujeitar a uma específica diligência de prova, quando existir previsão legal para o efeito. É o que resulta dos citados artigos 60.º e 61.º, n.º3, alínea d), do CPP.

A este respeito é particularmente elucidativo o seguinte trecho do Ac. do TC n.º 155/2007:

«Em suma: aqueles preceitos do Código de Processo Penal pressupõem que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles não pode, logicamente, retirar -se o dever ou a especificação que os mesmos pressupõem».

Afasta -se, assim, não apenas a interpretação do Prof. Germano Marques da Silva, seguida pelos “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, segundo a qual o arguido teria de sujeitar -se a todas as diligências de prova que não fossem proibidas por lei, como inclusivamente se afasta a posição que tende a assimilar diligências de prova especificadas na lei com meios de prova e meios de obtenção de prova típicos.

E, repete -se, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

A recolha de autógrafos não é, por conseguinte, uma diligência de prova especificada na lei.

Não tendo recusado submeter -se a uma diligência de prova especificada na lei o arguido não faltou à obediência devida.

Na síntese de Maria Elizabeth Queijo, “não havendo dever de colaborar, decorre que a recusa do acusado em contribuir na produção das provas não configura crime desobediência”³².

Na verdade, como bem observam Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos: “Não pode, sob pena de contradição e de quebra da unidade da ordem jurídica, considerar -se interdita uma actuação do poder público e autor de um crime de desobediência quem recusa submeter -se a ela”.

Consequentemente, contrariamente ao que sucedia no âmbito de vigência do Código de Processo Penal de 1929, a conduta do arguido que se recusa a prestar autógrafos não integra a prática de um crime de desobediência».

Inexistindo, assim, no quadro normativo vigente qualquer preceito legal que credencie a possibilidade de imposição ao arguido do dever de, para os apontados fins, produzir autógrafos, não pode deixar de concluir -se pela ilegitimidade da ordem que, com ou sem cominação, lhe seja dada nesse sentido.

De resto, sempre seria de enfatizar a este propósito que uma tal solução normativa se configura até como corolário lógico da própria natureza das coisas: sendo, com efeito, absolutamente decisivo para a viabilização, com um mínimo de possibilidade de êxito, de uma tal diligência o contributo efectivo da vontade do próprio arguido - [que pode ser "obrigado" a produzir "amostras de escrita manual", mas nunca a fazê-lo de acordo com o seu estilo habitual - ponto em que é absoluta a impossibilidade de controlo] - não se vislumbra razão válida, dado até o estatuto processual que a lei lhe passou a reconhecer, para lhe cominar a eventual recusa com o crime de desobediência.

Na verdade, sendo único desiderato dessa diligência a obtenção de elementos de prova em processo penal, é evidente que só uma recolha de autógrafos que seja minimamente fiável se mostra susceptível e adequada à possibilidade de cumprimento da sua função que, no caso, é sustentar uma perícia que, em termos de prova, dentro da fiabilidade cientificamente possível, possa levar a um

maior ou menor grau de certeza³³.

Se esse objectivo não estiver à partida garantido, não cremos que tenha justificação bastante o dispêndio de meios, humanos e materiais, para a realização de actos processuais à partida anódinos para a consecução dos fins a que se destinam. Como é sabido, a lei veda sempre a prática de actos inúteis (art. 130.º do CPC).

Ora, o acto de produzir genuínos e verdadeiros autógrafos traduz -se numa prestação pessoal, intimamente ligada a uma vontade intelectual/mental do arguido. E não é de todo possível, permitimo -nos repetir, aferir e/ou controlar essa veracidade ou genuidade no momento da sua recolha.

O arguido pode até, perante a cominação feita, mostrar -se resignado e produzi -los, mas se o fizer de forma simulada seguir -se -á inexoravelmente uma perícia adulterada ou inconclusiva. Quadro em que, e à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional supra citada, não pode deixar de ser posta em causa a legitimidade dessa concreta restrição de direitos do arguido, por se tratar de uma diligência à partida não adequada ao resultado que com ela se visa obter.

Por último, e como também já vimos, parece inquestionável que a própria evolução legislativa da matéria em apreço só pode apontar no mesmo sentido: não podendo evidentemente ignorar o regime normativo do CPP/29, que revogou e substituiu pelo do CPP/87 [arts. 1.º e 2.º do DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro], o certo é que o legislador optou, nesta parte, por não introduzir neste último corpo normativo preceito de alcance idêntico ao do anterior art. 195.º [do CPP/29], que previa e regulava expressamente o exame em causa nos termos seguintes: «O juiz ordenará,

quando for necessário, que a pessoa a quem é atribuída a letra escreva na sua presença e na dos peritos, quando eles o pedirem, as palavras que lhe indicar. Se ela se recusar a escrever, incorrerá na pena de desobediência qualificada, sendo presa imediatamente e aguardando o julgamento sob prisão, se antes não cumprir a ordem do juiz, fazendo -se de tudo menção no auto da diligência».

1. Mantendo -se inalterados os pressupostos enunciados na lei -art.ºs 437.º, 438.º e 441.º n.º 1, do CPP -, para emissão de jurisprudência uniformizante por este STJ, colhidos os legais vistos, cumpre decidir:

A questão consistente em indagar se o arguido, a quem, autógrafos pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, recusando o arguido, incorre, tendo -lhe sido cominada a prática de crime de desobediência, caso o não fizesse, neste delito, foi objecto de soluções que se opõem no plano material, ilaccionando pela afirmativa o acórdão recorrido, pela negativa o acórdão fundamentado.

Essa problemática "desesperadamente" controversa, pode dizer -se que tem merecido ampla reflexão doutrinária, não só entre nós, e díspares respostas ao nível decisório, o que nos conduz a uma primeira abordagem do complexo normativo, inscrito no nosso direito positivo, com aquela em contacto mais ou menos próximo.

O estatuto processual do arguido está conformado no art.º 60.º, do CPP, que se transcreve: "Desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade do arguido é -lhe assegurado o exercício dos direitos e deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei."

A par e complementando os direitos previstos na lei processual penal geral, o arguido usufrui, ainda, de acervo de direitos especiais que leis de igual categoria consagram, particularmente os chamados direitos "premiais" (cfr. Cons.º Henriques Gaspar, Código de Processo Penal, comentado, 2014, pág. 207), estabelecidos como benesses do legislador em situações de participação activa e relevante na descoberta da verdade no combate ao crime, por razões de política criminal, previstas na Lei n.º 36/94, de 29/9, contra a corrupção e criminalidade económica e financeira e Dec.º -Lei n.º 15/93, de 22/1, de combate ao tráfico e consumo de estupefacientes, bem como em convenções internacionais, tornadas direito interno internamente recebido e na CRP.

Pormenorizando esse estatuto, dispõe o art.º 61.º, do CPP, subordinado à epígrafe "Direitos e deveres processuais", que o arguido goza, em especial, dos direitos de:

"1.(...)

a) (...);

b) (...);

- c) (...)
- 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) (...)
- f) (...)
- g) (...)
- h) (...)
- i) (...)

2. (...)

3. Reçaem, em especial, sobre o arguido os deveres de:

- a) (...)
- b) (...)
- c) (...)
- d) Sujeitar -se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente“.

O art.º 172.º, do CPP, estipula que:

“1. Se alguém pretender eximir -se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelida por decisão da autoridade judiciária competente.

2. (...).

3. (...)

Com relevância decisória convoca -se o art.º 343.º, do CPP, subordinado à epígrafe “Declarações do arguido”, com referência à audiência de julgamento:

“1. O presidente informa o arguido que tem o direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio o possa desfavorecê -lo.

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. (...)

A respeito do primeiro interrogatório judicial de arguido detido, dispõe o art.º 141, do CPP, já integrando as alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21/2., que:

1. (...)

2. (...).

3 O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, sendo -lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade criminal

4. (...) Seguidamente o juiz informa o arguido:

a) Dos direitos referidos no n.º 1 do artigo 61, explicando -lhos se isso for necessário;

b) De que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na sua ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova;

c) (...);

d) (...);

e) (...);

5. (...),

6. (...);

7. (...);

8. (...);

9. (...).

O silêncio não pode existir num mundo sem linguagem, pois é a linguagem que faz as coisas advirem axiologicamente; é na linguagem que o ser habita; calar não constitui somente em nada dizer, mas também em deixar de fazer qualquer reflexão dentro de si, quando se escuta alguém falar, no dizer de Tito Cardoso e Cunha, in Silêncio e Comunicação, Ensaio sobre uma Retórica do Não Dito; Lisboa, Livros Horizonte, 2005, 14 e Adriana Ristori, Sobre o Silêncio do Arguido no interrogatório no processo penal português, 2007, Almedina, pág. 96. O princípio do qual decorre, no nosso direito processual

penal, o silêncio do arguido é, sem dúvida, o art.º 61.º n.º 1 d), do CPP, sendo os restantes preceitos que se lhe referem seus afloramentos; o persistir em silêncio reveste uma das formas do direito de defesa, o “jus- tacere” uma manifestação da liberdade de declaração, um dos atributos da personalidade a pressupor liberdade.

Movendo -se nessa consideração de que o direito ao silêncio se insere no direito de defesa contido no art.º 32.º n.º 1, da CRP, o TC, no seu Ac.º n.º 695/95, de 5/12, acessível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos/19950695.html>, veio a julgar inconstitucional o n.º 2, do art.º 342º, do CPP, no segmento em que fazia parte do interrogatório judicial em audiência de julgamento a pergunta, sob cominação de responsabilidade criminal, sobre os antecedentes criminais do arguido, violando os direitos de defesa, ao silêncio e o princípio da presunção de inocência.

O Dec.º Lei n.º 317/95, de 28/11, eliminou aquele n.º 2, passando o n.º 3, a corresponder ao actual n.º 2, eliminando o n.º 1 qualquer menção a perguntas sobre o passado criminal do arguido, impondo ao juiz que advirta o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas, mas agora noutra direcção, ou a falsidade da mesma o podem fazer incorrer em responsabilidade penal, alteração normativa que mereceu opinião desfavorável do Exm.º Cons.º Oliveira Mendes, in Código de Processo Penal, 2014, também por si

comentado, a fls. 1094, objectando falta de fundamento válido à jurisprudência do TC que o legislador acatou, positivando-a, na exacta medida em que se não acolheu o seu relevo, claro, em sede de reincidência, da pena relativamente indeterminada, cúmulo jurídico de penas, principais, acessórias e de segurança, etc.

Mas se o direito ao silêncio assume a natureza de um direito é também uma garantia; uma garantia por conferir ao arguido liberdade de autodeterminação na opção entre se calar, de não responder a perguntas tendentes ao apuramento da sua responsabilidade ou de cooperar com o Estado na investigação, um direito pois, segundo Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 396, Coimbra Editora, incluído nas clássicas garantias, também elas direitos, entre eles se englobando, precisamente, o de defesa, enunciado como portador de dignidade constitucional no art.º 32.º n.º 1, da CRP.

Os direitos fundamentais são principais, representam por si, certos bens, inabdicáveis à realização das pessoas, inscrevem -se na respectivas esferas jurídicas; as garantias, enquanto acessórias, asseguram a fruição de bens, projectando -se naquelas esferas pelo nexos que possuem com os direitos, escreve o Prof. Jorge Miranda, in *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2000, 359.

O Estado ao inscrever logo no art.º 1.º, da CRP, o respeito pela dignidade humana como seu princípio fundamental não pode, pois, exercer o monopólio do direito de punir em ofensa à dignidade humana, funcionando como garantia de sua realização o direito ao silêncio do arguido, puro derivado daquele princípio fundamental, são palavras de Diana Silvério, in *O Silêncio como Garantia de Direitos Fundamentais das Vítimas e dos Arguidos no Processo Penal Português*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, pág. 40.

O direito ao silêncio funcionaria como instrumento de protecção dos direitos fundamentais do cidadão que, face à suspeita sobre ele incidente, da prática de um crime, se acha numa situação de especial fragilidade e indefesa frente ao poder punitivo do Estado, comportando o direito de não colaborar, ou se calar, desvinculado de um dever de verdade, podendo questionar -se se lhe não assiste com propriedade um direito à mentira, como imperativo lógico da estrutura acusatória do processo em que o arguido é reconduzido à figura de sujeito processual e não simples objecto - cfr. Maria Fernanda Palma, in *a Constitucionalidade do art.º 342.º, do Código de Processo Penal, O Direito ao silêncio dos arguidos*, RMP, Lisboa, n.º 60, 1994, 107.

Na verdade só adquire esta veste de verdadeiro sujeito processual, arredada no processo inquisitório e nos processos ditatoriais, em que, segundo Puppe e Ruping, “o valor central da comunidade transcende os interesses conflitantes

no processo e obriga os participantes a colaborar no fim comum do processo, na descoberta da verdade”-cfr. Costa Andrade, in *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 123”.

Segundo este penalista coimbrão, op. cit. 122, transcrevendo Eser, in *ZSrW*, 1967, 570, só pode falar -se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força da sua liberdade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar -se.

Para alguns autores alemães, como Hartmut Schneider, o direito ao silêncio enraizaria no domínio intangível dos dados pessoais, da intimidade privada, tratando -se de um direito à autodeterminação “informativa”, mas já o TC alemão firmou o entendimento de que um direito absoluto do indivíduo ocultar todos os crimes por si praticados, não pode ser reconhecido, pois de outro modo o interesse público na perseguição e condenação do agente criminoso estaria excluído, como a própria dignidade humana, salvaguardando -se, sem reserva, o respeito pelo direito ao silêncio, erigindo -se, deste modo, dizemos, o arguido em figura quase sacral e blindada do processo.

Não abdicando do direito ao silêncio, em termos absolutos, mas sem o radicar, como princípio, no respeito pela dignidade humana, Rogall, na esteira de Schneider, considera-o, numa concepção jusracionalista e juspsicológica, como emanção do instinto de conservação, de autopreservação e de sobrevivência, atentando contra a própria essência do ser humano que actuaria “contra se”, em violação da sua pessoa, do direito intangível de personalidade, alcança -se do estudo de Vânia Costa Ramos, *Corpus Juris* 2000, in *Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, na lei ordinária*, RMP, Ano 109, pág. 61.

II. O direito ao silêncio pode ser exercido intermitentemente ao longo de todo o processo ou quebrado se e quando o arguido o desejar, como resulta do art.º 343.º n.º 1, do CPP, sem que daí possa derivar desfavor no exercício desse direito.

O direito ao silêncio é, pois, expressamente reconhecido entre nós na lei ordinária - art.º citado n.º 61.º n.º 1 c), do CPP, mas a CRP não lhe dedica qualquer referência, como à proibição de auto -incriminação, ao contrário do que sucede com as suas congéneres da Espanha, Brasil e dos EUA, reconhecendo quer a doutrina quer a jurisprudência alemã estar -se em presença de princípios de direito constitucional não escrito.

Este direito, segundo alguns penalistas, como os Profs. Figueiredo Dias, Costa Andrade e Frederico Lacerda da Costa Pinto, in *Parecer de Abril de 2008, intitulado Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade de Prova* Coimbra, Almedina, 2009, 39, prestado à CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), apresenta -se como uma

vertente, como o princípio do privilégio contra a auto-incriminação, do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”, com origem histórica firme no direito inglês a partir de 1679, embora com afloramentos já na Magna Carta, sendo omissos na primitiva redacção da Constituição dos EUA, só com a versão de 1791 alcançando definitiva concretização com a 5.^a Emenda, que o substanciou como o “privilege against self incrimination” e a partir daí com o alcance normativo expresso de que “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself”, princípio que seria reforçado com o veredicto do Supreme Court, a propósito do caso *Miranda versus Estado do Arizona*, 1966 – cfr. Costa Andrade, op. cit, pág. 124.

Reina, entre nós, controvérsia sobre a natureza dogmática do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”, avultando as teses processualista e substantiva, para esta última o princípio radicaria em alguns direitos fundamentais, como os inscritos nos art.ºs 1.º (definindo Portugal como República que assenta na dignidade da pessoa humana), 25.º (afirmando ser a integridade moral e física das pessoas inviolável) e 26.º (estabelecendo o leque dos direitos pessoais reconhecidos pelo facto de se ser pessoa humana) da CRP; segundo a tese processual o princípio assentaria e colheria fundamento nos direitos e garantias processuais reconhecidos ao arguido, com expressão nos art.ºs 20.º n.º 4 (afirma os mecanismos de defesa jurisdicionalmente assegurados para defesa dos direitos liberdades e garantias fundamentais) 32.º n.ºs 2 e 8, (aludindo à presunção de inocência até ao trânsito em julgado e à nulidade das provas obtidas mediante tortura, ofensa à integridade da pessoa, abusiva intromissão na vida privada e nas telecomunicações), da CRP.

A tese substantiva mereceu reparo de Vânia da Costa Ramos, estudo citado, a págs. 62 e 63, para quem essa fundamentação se mostra deficiente “... por o próprio egoísmo auto-favorecedor do arguido que segue o seu instinto de sobrevivência, não parece encaixar-se na dignidade da pessoa humana”; o seu fundamento há -de, antes, procurar -se noutros direitos com dignidade processual que “não deixam de ser “temperados” com uma dimensão material”.

E não é indiferente a opção por qualquer dos entendimentos a respeito da natureza do princípio do “nemo tenetur”, porque a ser emergente do direito a um processo justo, equitativo, como tal aceite constitucionalmente no art.º 32.º, da CRP, irradiando para os princípios da presunção de inocência do arguido, direito a ser ouvido e do contraditório, já é possível impor -lhe restrições, já se encarado como tendo por génese a protecção da dignidade humana de difícil compreensão se torna a sua compressão, visto o disposto no art.º 18.º n.º 2, da CRP, que aquela restringe ao estritamente preciso para “salvaguardar outros

direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, em obediência a critérios de proporcionalidade e necessidade.

III. Naquele Parecer da autoria dos eminentes penalistas citados, contrariando o teor da decisão proferida pelo Juízo de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.º Juízo, 2.^a Sec., de 11 de Janeiro de 2008, em que era sujeito processual a CMVM, é bem clara a adesão à concepção processualista, pois, a propósito do direito ao silêncio e à proibição da autoincriminação, e transcrevendo de fls. 44, ali se escreve:

“Não obstante a vigência alargada destes direitos, tal não significa, porém que eles tenham um carácter absoluto, antes podendo, em determinadas condições ser legalmente restringidos. Na verdade são visíveis no ordenamento português diversas limitações. (...) “Elas são previstas – fls. 46, 47, 48, 49 e 55, continua- -se a citar o Parecer – no “...cumprimento de obrigações impostas por lei e no quadro de um entendimento que alguns, na senda das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, tem apelidado de “moderno” (por oposição a uma visão clássica, liberal), deste princípio”.

Dentre essas limitações ao direito ao silêncio inscrevem-se, a título meramente exemplificativo, destacando o dever de resposta com verdade às perguntas sobre a identificação pessoal do arguido, de realizar certos exames como o de pesquisa de alcoolemia ou substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais, quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, segundo a Lei n.º 45/2004, de 29/8, de cooperação no domínio tributário, à luz do RGIT e perante a Autoridade de Concorrência, previsto na Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11/6) ou ainda ante a CMVM.

Concepção moderna porque partindo de uma visão clássica daquele princípio segundo o qual o direito à não incriminação teria uma vigência absoluta e não seria susceptível de ser limitado, o adapta à evolução da sociedade e do próprio Estado, “para cumprimento das suas obrigações.”

Esta visão actualizada, respondendo à dinâmica da história, acompanha a transmutação de um Estado liberal em Estado Intervencionista, Dirigista, atento, mercê da evolução tecnológica, ao seu desaguar na “sociedade de risco”, de que falam o Prof. Figueiredo Dias, in *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Coimbra ED., 2001, págs. 583, 613 e Augusto Silva Dias, Tese de doutoramento, FDUL, 2003, 272 e segs, em que, segundo Jesus Maria Silva Sanchez, in *Liberdade Económica ou Fraudes Puníveis*, Riscos Penalmente Relevantes ou Irrelevantes na Actividade Económica e Empresarial, Madrid, Marcial Pons, 2003, 307, 330, citado no estudo de Vânia Costa Ramos, REV supramencionada, pág. 90, muitas vezes, nos sectores especialmente

favoráveis à criação de tais riscos aos bens de índole pessoal e patrimonial, não basta a “prevenção comunicativa ou contrafáctica” (cominação de sanções penais ou administrativas para quem cria o risco), não se dispensando o reforço cognitivo da acção perigosa, que leva a que a acção se desenvolva “dentro de uma liberdade que é condicionada”, conducente a uma “circularidade curiosa”.

O TEDH, ainda na citação de Vânia da Costa Ramos, estudo citado, R.M.º P.º, 28, ano 109, págs 71 e 72 decidiu que “...não há dúvida de que o direito a guardar silêncio durante o interrogatório policial e a prerrogativa contra a auto -incriminação são normas internacionais geralmente reconhecidas que se situam no coração de um processo equitativo...”, postulado pela DUDH, CEDH, PIDCP, enquanto manifestação incontornável dos direitos de defesa do arguido, sujeito do processo, titular de um estatuto, de um complexo de direitos e deveres com a amplitude do art.º 61.º, do CPP, para o qual se deve criar “um procedimento leal”, no dizer de Manuel Monteiro Guedes Valente, *Processo Penal*, I, Almedina, 2009, 196.

IV. O direito ao silêncio e à não incriminação, enquanto vertentes do “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, de acordo com uma concepção maximalista significa que o arguido não é obrigado a contribuir, cooperar com o tribunal, fornecendo apenas declarações, mas também elementos documentais, meios de prova da sua culpabilidade, segundo uma versão minimalista essa proibição envolve as suas declarações em sentido estrito e só sobre os factos que lhe são imputados.

O direito ao silêncio, segundo o TEDH, tutelado no art.º 6.º n.º 1, da CEDH, abarca a não colaboração por banda do arguido com as autoridades de investigação e acusação, fornecendo -lhe provas das infracções por ele cometidas; enquanto a proibição da auto -incriminação põe -o a coberto da presunção de inocência até ao trânsito em julgado segundo o art.º 6.º n.º 2, da CEDH, com o sentido e alcance de que lhe não assiste o dever de fornecer informações orais ou escritas em sede de processo de

investigação, sem abdicar da informação dos seus direitos.

O direito à não auto -incriminação não se esgota, apenas, no direito ao silêncio; segundo Fabienne Kéfer, “*le droit de ne pas s,auto -incriminer ne couvre pas que les paroles.*”

IL vise tout type d,information y compris les écrits “As manifestações verbais não são as únicas formas em que se apresenta o princípio contra a auto -incriminação, pois através de outros meios de prova pode ser desrespeitado.

É a manifestação pura daquela concepção maximalista.

Na expressiva afirmação de João Cláudio Couceiro, in *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*, RT, 147 -148, RT, “actualmente todo o corpo fala”; o direito ao silêncio inclui, pois, a possibilidade que o art.º 61.º n.º 1 d), do CPP, lhe confere de não prestar declarações, de não responder a perguntas que lhe forem dirigidas, de permanecer calado, colocando -se no plano da “oralidade processual”, nas palavras de Carlos Borlido Haddad, in *Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Auto -incriminação*, pág. 43; está em causa a mera prova por declarações e já não a entrega de documentos, segundo Liliana de Sá, R M P, Ano 107, pág. 27, Frederico Costa Pinto, in parecer citado *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, pág. 75 e Lara Sofia Pinto, in *Privilégio contra a Auto-incriminação versus Colaboração do Arguido*, pág. 109.

É a expressão da concepção minimalista.

De Franklim Kutty, in *Justice Pénale et Procés équitable*, II, Bruxelas, 2006, Larquier, cita -se: “Le droit au silence semble se cantonner pour l,essenciale au controle de ses cordes vocales”

Esta obrigação do direito a guardar silêncio está contemplada no *Corpus Juris*, estudo da iniciativa da Comissão Europeia, que, em 1995 /96, nomeou um conjunto de peritos cujo objectivo era a elaboração de um acervo de princípios em vista da protecção de interesses financeiros da União, sem traduzir um Código Penal Modelo, mas impondo -se, também, regras mínimas de prova, entre as quais aquele direito (art.º 29.º, n.º 2) e o de ninguém ser obrigado a contribuir de “...forma directa ou indirecta para estabelecer a sua própria culpabilidade.” (art.º 31.º n.º 2), em obediência aos direitos de defesa do arguido previstos no art.º 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 10.º, do Pacto Internacional dos Direitos

Civis e Políticos da ONU (n.º 2, daquele art.º 29.º), sendo de excluir a prova que infrinja os princípios do processo equitativo, devendo o juiz “verificar se a irregularidade teve como consequência a lesão dos interesses da pessoa acusada protegida pela norma (...)” -art.º 33.º n.º 1, do *Corpus Juris*.

Seja como for impõe -se a conclusão de que esses direitos convergem num mesmo sentido, do respeito pelos direitos fundamentais do arguido, particularmente da liberdade de declaração, pois mesmo mentindo, sem, que, contudo, lhe assista o direito a essa postura (cfr. Germano Marques da Silva, in *Curso de Processo Penal*, I, pág. 297, Ed. Verbo, 2000 e Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1974, pág. 451) ela, se não o prejudica não o pode beneficiar, segundo o enunciado no Ac. do STJ, de 14.7.2006, P.º n.º 3163 /06 -5.ª.

Uma decisão não é justa se não for verdadeira, a mentira ante o juiz significaria a aceitação da mentira como organização societária, escreveu António Barbas Homem, in *O que é o direito*, Principia ed., 2007, 66, mas o direito nem sempre é

a resultante do nosso idealismo, mas a transcendência do individual, naquilo que colectivamente é dado adquirido, há que dizer.

O nosso direito não homologa o direito à mentira, mas ante o atropelo deliberado da verdade é preferível o silêncio - Cfr. Prof. Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, I, 1955,152 -; a lei, afirma, apenas, da parte do arguido, como consequência do seu estatuto como pessoa e não como objecto, um não compromisso com a verdade, sendo-lhe inexigível o cumprimento de um dever de verdade, inconfundível com o direito a mentir, inaceitável num Estado de direito -cfr. Acs. deste STJ, de 12.3.2008, P.º n.º 08P694 e 3.9.2009, acessível in <http://www.dgsi.pt>.

V. O processo penal encontra -se numa difícil encruzilhada entre o interesse em firmar o seu monopólio em punir o agente do crime e o interesse em assegurar -lhe o direito fundamental à liberdade, direito ocupante de topo no leque de direitos fundamentais, daí, diz -se, incumbir ao Estado a descoberta da verdade pelos seus próprios meios, pois que, na esteira de Vittorio Grevi, citado por Tâmara Fernandes, in O Conteúdo e alcance do direito ao silêncio, ULP,2010, 117, o direito de o arguido não cooperar com o tribunal é uma manifestação "cívica típica", do processo acusatório, cabendo àquele a última palavra, sem pressão, coerção, fraude ou método enganoso.

VI. Chegados a este ponto, é imperiosa a abordagem sobre se é ou não legítima a recusa de o arguido em prestar autógrafos, escritos com o seu próprio punho, para exame de letra, ordenada em inquérito pelo M.º P.º, indiciando-se crime de falsificação, em indagação, depois de aquele Magistrado o advertir de que incorre em crime de desobediência, p. e p. no art.º 348.º n.º 1 b), do CP, estando fora de discussão o dever de comparência perante a autoridade responsável pela investigação criminal.

Uma recensão doutrinária e jurisprudencial ao nível constitucional, que se observa no estudo, que seguimos de perto em vários segmentos desta decisão, da autoria do M.º Juiz Desembargador, Dr. Cruz Bucho, de 5.12.2013, subordinado à epígrafe "Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência, direito à não auto -incriminação", de 13.10.2013, acessível in www.dgsi.pt e www.trg.pt .../253, ilumina a dimensão com que é encarada processual e substantivamente a recolha.

O nosso direito processual actual não prevê o exame para reconhecimento de letra, para comparação de escrita manual em ordem a determinar a sua autenticidade, também denominado de exame grafotécnico no Brasil, e perícia caligráfica na Espanha, em contrário do que ocorria no CPP, de 29, no seu art.º 195.º.

Nada de mais explícito poderia ser o preceito no seu § 3.º: a pessoa a quem era atribuída a letra, em

caso de recusa em escrever, na sua presença, as palavras indicadas pelo Juiz, depois de ordem nesse sentido, incorria em crime de desobediência qualificada, seria imediatamente presa, julgada de seguida, se e enquanto não cumprisse a ordem.

Entre nós o direito ao silêncio não prevê expressamente a não prestação de autógrafos, se bem que no recuado ano de 1990, em 30/1, pela pena do Exm.º Cons.º Sá Nogueira, se haja escrito que essa prestação envolve "...um especial tipo de declarações, não por via oral mas escrita", no Ac. publicado in CJ, Ano XV, I, 181, englobando -se no direito ao silêncio, como similarmente se posicionam Vânia da Costa Ramos e Augusto da Silva Dias, in O direito à não Inculpação no processo penal e contra -ordenacional português (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare), Coimbra Editora, 2009, pág. 19., enquanto manifestações (os autógrafos) equiparáveis à linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a incriminação; o Cons.º Luís Osório, em 1932, em anotação ao art.º 195.º, do CPP, de 1929, pronunciava -se no sentido de que o preceito não se coadunava com o direito ao silêncio que deve ser garantido ao arguido, quanto a não responder a perguntas sobre a infracção; é uma variante, como o direito à não incriminação do arguido, distinção que o brocado latino "nemo tenetur se ipsum accusare ou detergere"abriga, escreve.

Sobre qual o critério que tem sido usado, exactamente, para aferir do sacrifício ou não do princípio do "nemo tenetur", pronuncia -se o Desembargador Cruz Bucho, no exemplar estudo citado, a págs. 35, dando nota que em alguns sectores de jurisprudência, nacional e estrangeira, tem vindo a proceder -se à distinção entre aqueles meios de prova em que o arguido tolera a sujeição a exames, em atitude de mera passividade, não fornecendo elementos de culpabilidade, exteriorizando -a por actos ou omissões e aqueles em que o arguido age activamente, participa positivamente, comprometendo voluntariamente o privilégio de não auto -incriminação.

Para alguns esse critério, lê -se, aí reconduz -se ou deve ser encontrado na dependência ou independência da vontade do arguido, estando, pois, fora do princípio do "nemo tenetur"as prestações pessoais exigidas sob a ameaça de sanção, mas independentes da vontade do arguido, que "não passam por uma declaração de espiritualidade da sua parte".

O TEDH, por acórdão de 17.12.96, (caso Saunders v. Reino Unido n.º 19187/91), concluiu que "O direito à não auto -incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio", para afirmar que esse "direito não abrange a utilização em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da

vontade do sujeito, tais como “inter alia”, os documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina bem como de tecidos corporais, com vista a uma análise de ADN”, critério seguido, depois, nos Acs. de 4.10.2005, Shannon v. Reino Unido, n.º 6563 § 36 e de 11.7.2006, Jalloh v. Alemanha, n.º 54810/00, estando em causa neste último, a administração forçada, através de sonda nasal, de substâncias indutoras do vômito (substâncias eméticas) através da qual se operou a recuperação por regurgitação da cápsula de cocaína engolida pelo arguido quando detido, em que se afastou a violação ao princípio.

Introduziu, no entanto, o TEDH, critérios mitigando o uso desse meio de prova, como sejam a consideração da natureza, grau de coerção empregado, importância do interesse público na investigação, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização dos meios de prova obtidos por essa forma.

O critério paradigmático adoptado no caso Saunders foi acolhido ponto por ponto no Ac. do TC n.º 155/2007, a propósito da recolha de saliva para realização de análises de ADN, “por a colheita não constituir nenhuma declaração”, mas “base para uma mera perícia de resultado incerto”, sem contender com o privilégio contra a auto -incriminação.

No Ac. da Rel. de Évora, de 15.11.2011, Rec.º n.º 103/09.6GCBJA.E1 foi integralmente acatada a orientação jurisprudencial vertida no Ac. do TEDH, no predito caso Saunders, no sentido de que a recolha de sangue para detecção de alcoolémia não integra declaração confessional, auto -incriminatória, como é jurisprudência dominante nas Relações, de que são ex.ºs, entre tantos, os Acs. De 21.11.2007, da Rel. Coimbra, P.º n.º 6/05.3PTVIS.C1, 25. 3. 2010, P.º n.º 1828/06.3TALRA.C1, 14.7.2010, P.º n.º 113/09.3GBCVL, 25.1.2012, P.º n.º 123/09.OGTVIS.

C1, da Rel. Porto, de 18.5.2011, P.º n.º 438/08.5GCVNF. P1, de 11.7.2012, P.º n.º 40/11.PTVNG.P1, da Rel. Évora, de 20.12.2012, P.º n.º 45/09.5GECUB.E2, de 30.4.2013, P.º n.º 1157/91.1GBMMN.E1, de 23.1.2012, P.º n.º 32/10. OGBGMR.

O TC já decidiu que não ofende o princípio da igualdade, o dever de respeito, a dignidade da pessoa humana, o direito ao seu bom nome, à honra, à reserva da intimidade privada e as garantias de defesa, a submissão do condutor à detecção de álcool no sangue através da pesquisa de ar expirado, quando o visado não se quer a ela submeter – cfr. Acs. n.ºs 319/95, 423/95 e 628/2006.

Na doutrina estrangeira, especialmente argentina, além do mais, pela pena do Prof. Javier de Luca, a cláusula contra a incriminação compulsiva, abarca, apenas, as declarações que são a expressão da vontade do ser humano,

produto do pensamento das pessoas, elaborações mentais, que se reflectam numa conduta activa ou omissiva com sentido intelectual, toda a prova que requeira uma colaboração intelectual com significado expressivo – cfr. *Cuerpo y la Prueba*, Buenos Aires, Revista de Direito Processual Penal, 2007, III, 41.

Na doutrina brasileira de sublinhar o pensamento do Prof. Carlos Henrique Borlido Haddad, para quem “sempre que a produção de prova envolva uma acção do réu, faculta -se a ele a recusa a cooperar. Caso a prova possa ser gerada sem uma actividade do acusado, que apenas suporta a acção de terceiros, não há espaço para a invocação do princípio” – cfr. *Conteúdo e Contornos do princípio contra a auto -incriminação*, pág.s 58/59, esclarecendo que na Alemanha já se decidiu “não ser possível obrigar o acusado a submeter -se à realização de testes, reconstituição dos factos, à prova grafotécnica ou à produção de semelhantes acções.”.

Não se distancia deste entendimento o Prof. Luís Flávio Gomes ao escrever, in *Princípio da não Auto -incriminação*, significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência, disponível in <http://www.lfg.com.br>, que “qualquer prova contra o réu que dependa (activamente) dele só vale se o acto for levado voluntária e consciente ...”; a orientação predominante na jurisprudência brasileira vai no sentido de não reconhecer a existência do dever de colaboração do acusado na produção de provas, no que tange “às que dependam da sua colaboração activa”, sintetiza Maria Elisabeth Queijo, in *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur ou se detergere e suas decorrências no processo penal*, pág. 313.

Na o direito de não declarar, não colaborar, escreve, deve, no entanto, ser entendido num sentido amplo, não titulando auto -incriminação, por ex.º, as provas dactiloscópicas, fotográficas ou de natureza similar, revistas, buscas, apreensões, reconhecimentos, grande parte dos exames, incluindo a instalação de tacógrafo num camião, a recolha de cabelo, sangue, urina, sêmen, tecidos corporais, tendo em vista realização de exames de ADN, em contrário do que sucede sempre que se verifica uma atitude ou acção positiva.

O Tribunal Constitucional alemão e boa parte da doutrina alemã (Cfr. Gossel, in *As Proibições de Prova no direito processual da RFA*, RPCC, Ano 2, Fasc. 3, 1992, pág. 423), aderem ao critério que toma como referência a distinção entre conduta activa e tolerância passiva, mas a distinção acaba por sofrer “comprometedoras limitações”, escreve o Prof. Costa Andrade, in *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 127.

O Tribunal Constitucional de Espanha afirmou – cfr *STC 103/85*, 22/88, de 18/2, 107/95, de 7 /10 e 161/97, de 20/10 – que a submissão a testes de alcoolémia não pode considerar -se contrária ao

direito a não declarar, uma declaração incriminatória, uma vez que não obriga o condutor a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo a sua culpa e apenas a tolerar que sobre ele emita uma especial modalidade de perícia.

A maioria da jurisprudência da Argentina, Costa Rica e Itália não se dissociam do mesmo critério, que tem sofrido críticas como reconhecidamente aceita o Mestre coimbrão, Prof. Costa Andrade, op. e loc. citados ao expressar que as dificuldades de distinção “sobem de tom à medida que nos afastamos da consideração abstracta dos problemas e nos aproximamos das constelações típicas situadas na zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meio de prova”.

VII. A metodologia a que vimos de aludir não escapa às críticas vindas de alguns sectores; o critério da participação activa – tolerância passiva, este defendido também por Claus Roxin, in *A protecção da pessoa no processo penal alemão*, 120, escrevendo que “...o processado não tem que colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento activo (...) ainda que se imponha uma obrigação a tolerar (...)”, tem sido considerado de difícil praticabilidade, por nem sempre ser viável e nem visível a distinção entre as duas formas procedimentais, por ser demasiado simplista, não conducente a resultados seguros, sequer aceitáveis.

Na verdade parece evidente que mesmo em casos havidos classicamente de tolerância passiva não deixa de coexistir uma participação activa, como é o caso de sujeição a recolha de sangue, saliva, urina, corte de cabelo, de tecidos corporais, álcool no sangue a partir do ar expirado ou do sangue etc, em que sem a colaboração (necessariamente activa) do arguido expondo voluntariamente o seu corpo fica comprometido o resultado a alcançar. Há espaço de tolerância mas também de acção em puro hibridismo, em termos de funcionamento, não sendo fácil discernir, com clareza, entre as duas figuras.

Acrescente -se que não é mais grave o atentado à dignidade humana no compelir, por ameaça de incorrer em desobediência, à prestação de autógrafos, que aqueles casos de tolerância passiva, sendo que a humilhação, o ter que ser instrumento “in se” de pesquisa e a passividade, não deixam de constituir, um mínimo grau, é certo, de auto-incriminação e violência contra a pessoa humana.

É nestes termos que Wolsfast – com outros autores, na doutrina germânica, brasileira, costariquenha e argentina, etc -aludido pelo Prof. Costa Andrade, op. e loc. cit., nota 31, se manifesta contra tal critério, quando doutrina que “...não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa,

querida, mas também quando (...) uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova”, sendo difícil distinguir porque a dignidade humana é atingida quando se é “forçado a uma acção e não quando se tenha de a tolerar”. Situações há em que se demonstra a inexistência de “uma distinção qualitativa entre acção e omissão”, dando como exemplo o caso de o arguido ser forçado a manter a cabeça erguida ou a assumir uma dada expressão facial, em caso de reconhecimento. E nessa medida não podíamos estar mais de acordo.

VIII. Retrocedendo ao nosso direito processual penal, em que releva para a decisão o disposto no art.º 61.º n.º 3 d), do CPP, por força do qual o arguido é obrigado ao especial dever de “Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e efectuadas por entidade competente”, o pragmatismo da norma está em que o estatuto processual do arguido não é incompatível com a sujeição a diligências de prova ou meio de as obter, posto que esses deveres não afectem direitos fundamentais processuais, integrantes do seu direito de defesa, que não briguem com a dignidade da pessoa que vai ser objecto do arguido, que se quis ver reforçada como o novo CPP, enquanto “sismógrafo”, “espelho”, que o precedente Código não era, da realidade constitucional, sendo o direito processual penal “direito penal constitucional aplicado”, desenvolvendo as “normas da constituição processual penal”, nas palavras dos penalistas Profs. Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva, in *Para uma Reforma Global Processual Português*, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, in *Ordem dos Advogados, Para uma Nova Justiça Penal*, 1983, Almedina, 194 e *Curso de Direito Processual Penal*, I, 2000, Ed. Verbo, 29 -30, respectivamente.

As grandes linhas mestras, sustentáculo do nosso CPP (de 87), repudiam o recurso à extorsão de declarações ou qualquer forma de auto -incriminação, pois todos os actos hão -de ser a livre expressão da sua livre personalidade, escrevia o Prof. Figueiredo Dias, in *Código de Processo Penal*, Almedina, 1974, 430.

O preceito do art.º 61.º n.º 3 d) do CPP na medida em que faz recair sobre o arguido o seu dever de sujeição a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial poderia prestar -se a uma leitura restrita, a uma interpretação restritiva, ao declarar que as medidas de coacção e garantia patrimonial tem que ser especificadas na lei, ou seja direccionadas exclusivamente, e como tal previstas, pré configuradas legalmente, ao arguido.

O arguido estaria a salvo das diligências de prova, meios de prova ou de obtenção de prova, o que constituiria um profundo golpe na investigação criminal, “aniquilando por completo a possibilidade de desencadeamento da

persecução penal ou de dar seguimento a ela, assegurando a impunidade absoluta”, no dizer de Maria Elisabeth Queijo, no estudo já citado, pág. 364.

O Tribunal Supremo de Espanha, em acórdão recente de 29.1.2013, enunciou que o exercício dos direitos processuais não confere ao acusado um direito absoluto de que possa fazer uso em todas circunstâncias quando estejam em causa bens jurídicos, igualmente dignos de protecção – STS, 2.ª, P.º n.º 62/2013.

Por isso que as limitações à incriminação não podem cingir -se ao dever legalmente imposto de responder com verdade, rompendo o direito ao silêncio, às perguntas sobre a seu nome, filiação, naturalidade e data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e de residência, nos termos do art.º 342.º, do CPP, a obrigação de submeter-se a exames, somente elencados na lei, por ex.º detecção de alcoolemia ou substâncias psicotrópicas (art.ºs 152.º e 155.º, do CE, no âmbito rodoviário), ou a exames e perícias em sede médico -legal, ordenadas pela autoridade judiciária competente (Lei n.º 45/2004, de 29/8), aos deveres de cooperação perante a autoridade tributária em caso de inspecção tributária (LGT, art.º 59.º e RCPIT)) a Autoridade de Concorrência (Lei n.º 18/2003 de 11/6 e deveres de protecção ante a CMVM, previstos no CVM).

O art.º 61.º n.º 3 d), do CPP, contém um enunciado geral, não se refere a diligências de prova “especificamente “previstas na lei para o arguido, mas, como noutros preceitos, a diligências “especificadas “, comportando esta palavra um alcance mais amplo, de cláusula geral, abrangente de todas as provas que não são proibidas por lei, ao arrimo do princípio da legalidade da prova (art.º 125.º, do CPP) e 126.º, do CPP.

Uma interpretação com esta dimensão extensiva, não proibida, com apoio no texto gramatical, corrige uma interpretação estreita de mais; uma interpretação demasiado restritiva teria como consequência contradizer princípios fundamentais, como o do direito do Estado à punição, o seu monopólio da punibilidade e de assegurar a tranquilidade dos cidadãos, a sua expectativa contrafáctica, que, como o direito à liberdade do arguido merece, no seu confronto, ser sopesado e não minorizado -cfr. Interpretação e Aplicação das Leis, 33 e 34, de Francisco Ferrara.

A orientação seguida pelo Prof. Germano Marques da Silva é a de que, no que tange às diligências de prova, o arguido “tem de sujeitar -se a todas as que não forem proibidas por lei (art.º 125.º, do CPP) (...)”, in *Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, 444 e *Curso de Direito Processual*, I, Verbo, 2000, 300, sejam perícias ou exames.

No mesmo sentido se pronunciaram os Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, in *Código de Processo Penal* -

Comentários e Notas Práticas, Coimbra Ed. pág. 154.

Igualmente Sofia Saraiva de Menezes, in *Prova Criminal e Direito de Defesa - O direito ao Silêncio: a Verdade por trás do Mito*, Almedina, págs. 134 e 135, com o fundamento de que o estatuto do arguido na amplitude traçada pelo art.º 60.º, do CPP, ressalva que a sujeição a diligências de prova não pode ser prejudicada pelo direito ao silêncio e à proibição de auto -incriminação.

A admitir -se o contrário, em nome do princípio de que o arguido não tem o dever de colaborar activamente na obtenção de provas, mas apenas sujeitar -se passivamente a diligências de prova, de que são exemplo a maior parte dos exames, estar -se - ia a favorecer um “efeito dominó em relação às provas pessoais cujo resultado seria totalmente fraudulento para o sucesso da investigação criminal: a descoberta da verdade material ficaria irremediavelmente comprometida.”

A recolha de autógrafos é uma diligência de prova; ele é já começo de exame, parte dele integrante, em vista da emissão de um juízo pericial final formulado a partir do exame prévio da letra, inscrevendo -se aquele juízo no âmbito dos meios de prova e a recolha em sede de meios de obtenção de prova – art.ºs 151.º e segs. (perícia), 171.º (exames), do CPP, assentando basicamente a distinção (controvertida) no facto de o exame se destinar a fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes para o “*thema decidendum*”; a perícia propõe -se fixar factos facultados por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos e artísticos, que o juiz não dispõe por não possuir um saber enciclopédico e universalista, distinção que nalguns casos suporta dificuldades sobretudo em se tratando de recolha de vestígios que exigem a presença de peritos, por forma a permitir ulterior análise, por ex.º de ADN, não sendo de autonomizar -se o exame (meio de obtenção de prova) da perícia (meio de prova), opina, diversamente, Sónia Fidalgo, in *RPCC*, Ano 16, n.º 1, 138.

A nossa lei processual penal, designadamente o art.º 61.º n.º 3 d), do CPP, não consagra explicitamente o princípio do “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, mas reflecte -o indirectamente nas suas díspares irradiações, também não consagra nem directa nem indirectamente o critério da “*tolerância passiva versus participação activa*”, de que se tem feito controverso uso, como vimos para aferir da conformidade legal ao princípio da não auto -incriminação em caso de recolha de autógrafos.

Os Profs. Figueiredo Dias e Costa Andrade, no parecer intitulado “*Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*”, pág. 45, Augusto da Silva Dias e Vânia Costa Ramos, in *Direito à não auto -inculpação*, no processo penal e contra -

ordenacional, Almedina, 2009, págs. 23 e segs, Lara Sofia Pinto, Privilégio contra a Auto -incriminação versus colaboração do arguido, Simas Santos e Leal Henriques, Código de Processo Penal Anotado, I; 3.^a ed., pág. 1111, apelam à necessidade observância do princípio da legalidade e de obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade.

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, acima citados, criticam uma concepção demasiado restritiva do princípio da não auto -incriminação explicam o modo como, em seu entender, se deve definir o conteúdo e alcance do princípio “nemo tenetur”, ao mesmo tempo que fazem o enfoque desta matéria com a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Reconhecendo que é complexo o âmbito de validade do princípio e que ele se vai relativizando e ficando dependente de concordância prática «à medida que nos afastamos de concretizações nucleares como o direito ao silêncio ou à não entrega de documentos íntimos», aderem à concepção de DWORKIN e de ALEXY segundo a qual «o Dasein dos princípios é em colisão com outros e o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério” all or nothing”, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando -os entre si na situação concreta.

E mais ainda acrescentam que o princípio nemo tenetur se ipsum accusare não pode fundar -se no binómio conduta activa - tolerância passiva.

O Acórdão n.º 340/2013, do TC, de 17/6, P.º n.º 817/12, reportando -se em concreto ao direito à “não auto -incriminação”, repete que «tem sido reconhecido que o direito à não auto -incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)».

E, nessa medida, é pertinente confrontar -se o preceituado no art.º 172.º, do CPP, subordinado à epígrafe “Sujeição a exames”, preceituando que: “1. Se alguém pretender a eximir -se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente;

2. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do art.º 154.º e nos n.ºs 6 e 7 do art.º 156.º;

3. Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter (...);

4. (...)

Em se tratando de perícia sobre as características físicas ou psíquicas das pessoas que não hajam consentido nela, o despacho que a ordene é da competência do juiz, ponderando a necessidade da sua realização, tendo em conta o

direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado – n.º 3, do art.º 154.º, do CPP.

As perícias em referência são realizadas por peritos médicos ou outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado e, tratando -se de análise de sangue ou de outras células corporais, as amostras recolhidas só podem ser usadas no exame em curso ou noutra já realizado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam precisos – n.ºs 6 e 7, do art.º 156.º, do CPP.

Hoje, mercê da alteração legislativa trazida pelas Leis n.ºs 4/07, de 29/8 e 20/13, de 21/2, reflectidas nos textos normativos acabados de citar, é já, pondo termo a uma querela doutrinal e jurisprudencial de pretérito, possível proceder a exames, a perícias “intrusivas” à pessoa humana, salvaguardados, pois, os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, na esteira do TEDH, como informa Pedro Verdelho, in Revista do CEJ, 2006, 1.º Semestre, pág. 154 e segs., citado pelo Exm.º Cons.º Santos Cabral, no Comentário, com outros, ao Código de Processo Penal, Almedina 2014, pág. 729.

IX. Do antecedente ao nível da jurisprudência infraconstitucional se sustentava já que, pese embora a recolha de saliva, sangue urina, cabelos, etc, para análise, possam ofender a integridade corpórea e o direito à autodeterminação do visado, a voluntariedade da sua acção, a sua capacidade de agir e de decidir, com integral liberdade, em caso de recusa devia a recolha ser compulsivamente efectuada, porque esse exame e perícia se mostravam essenciais à descoberta da verdade.

A ofensividade era ilegítima, é certo, mas de tal modo, além de reversível, insignificante, pelo que devia ceder ante aquele valor, de préordenada tutela de outros no plano dos direitos fundamentais, não menos dignos de protecção, entre os quais o da justiça, da perseguição criminal. Assim se expressou o Exm.º Cons.º Oliveira Mendes, como relator no paradigmático Ac. prolatado no Rec.º n.º 3261/01, de

9/1/2002, da Rel. Coimbra, escrevendo:

“O ...nosso ordenamento jurídico prevê várias situações em que o direito à integridade física e à auto -determinação corporal cedem face a interesses comunitários e sociais preponderantes, quer na área da saúde pública, da defesa nacional, quer na área da justiça, quer de outras.

Assim sucede quando se impõem certas condutas corporais como a vacinação obrigatória, os rádiorrastreios, o tratamento obrigatório de certas doenças infecciosas, a proibição de dopagem dos praticantes desportivos, o serviço militar obrigatório ou a prestação de serviço cívico, a realização de perícia psiquiátrica e de perícia sobre a personalidade”.

Enquanto meios de coacção sobre uma pessoa que se vê obrigada a suportar um exame, deve o

normativismo que lhe respeita ser aplicado com rigor, restritivamente, como sucede com a prisão preventiva, mas sem perder de vista, contrabalançando -o, que a administração da justiça é uma “exigência de ordem pública e do bem estar geral, bem como um dos pilares do Estado de direito”, nas palavras da Sr^a. Desembargadora relatora do Ac da Rel.Porto, de 3.5.2006, P.^o n.^o 0546541, havendo que concluir na colisão de direitos estabelecida, que a recolha de sangue, de urina, etc., compulsivamente, é conforme à lei, legitimando o sacrifício desse interesse menor a administração judiciária.

A esse propósito e, por maioria de razão, quanto à recolha de autógrafos, escrevem Jorge Miranda e Rui Medeiros, in Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, 2.^a Ed., Coimbra ed., pág. 553, não obstante a integridade física e moral ser inviolável “não significa qualquer prevalência absoluta deste direito em relação a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas apenas uma “interdição absoluta das formas mais intensas da sua violação “

A criação dos tipos legais incriminatórios não pode deixar de ser acompanhada de meios legais que permitam tornar exequível e operante a produção de prova sobre os factos respectivos e o seu conseqüente sancionamento, sob pena de ficar prejudicada a necessidade de protecção dos bens jurídicos tutelados e as restantes finalidades de prevenção das penas, são considerações, ainda daqueles autores, in op cit., pág. 557, citados no AC. do TC n.^o 418/2013, P.^o n.^o 120/11, de 15.7.2013, na abordagem da conformidade constitucional dos art.^{os} 4.^o n.^{os} 1 e 2, do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.^o 18/2007, de 17/5 e do art.^o 156.^o n.^o 2, do CE

A intervenção no corpo das pessoas não é impedida pelo direito à integridade, “desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada, sem prejuízo da punição em caso de recusa “, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, in Constituição, Anotada, 4.^a Ed., Coimbra Editora, pág. 456.

O exame à escrita, no aspecto da recolha de autógrafos, não envolve qualquer lesão à integridade física, corpórea ou psíquica, ofensa à honra, dignidade, bom nome, reputação, tanto mais que essa recolha, por regra, ocorre em regime fechado, com o recato devido, apenas uma limitação da sua vontade, um agir num determinado sentido que não o por si desejado, de não se prestar a escrever, mas quando em confronto com o valor da administração da justiça, por estar em causa a indagação da prática de crime de falsificação, cede, por se situar, na justa ponderação de interesses, na colisão de interesses desiguais, num plano inferior, - art.^{os} 36.^o n.^o 1, do CP e 335.^o n.^o 2, do CC.

O valor da liberdade individual não pode considerar -se auto -limitado em grau tão elevado

que anule o direito do Estado e a defesa dos cidadãos ao direito à perseguibilidade penal, conservando a ordem de fazer o escrito sob cominação de desobediência na hipótese de resposta negativa, ainda, intocado o núcleo duro daquele direito, que suporta, apenas, uma mínima restrição. Em todos os dias essa compressão é visível em variados sentidos da vida humana e nem por isso se diz ter sido abalado em grau insuportável esse direito fundamental.

O âmbito do exame e posterior perícia estão pré-definidos, porque não proibidos, estando tutelados a coberto do princípio da legalidade da prova e a densidade normativa em jogo evidencia que se trata de restrição accidental, quase bagatelar, não permanente ao direito fundamental, não grave, pacificamente aceite, proporcionada e adequada à prossecução do interesse penal envolvendo ponderação do direito minimamente atingido (cfr. Ac. do TC n.^o 340/2013, P.^o n.^o 817/2012, de 17.6.2013).

Assim o dita a DUDHC, no seu art.^o 29.^o, ao consentir que no direito interno se estabeleçam limitações destinadas a assegurar direitos e liberdades fundamentais, as justas exigências da moral, da ordem pública, da ordem pública e do bem estar; só é ilegítima a restrição aos direitos, liberdades e garantias em caso de colisão quando a restrição atente contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projecção da ideia da dignidade humana constituem a essência, o conteúdo essencial, de cada preceito constitucional, sendo certo que inexistindo preceito constitucional que autorize a restrição ela pode ser apoiada na DUDHC, escreve Vieira de Andrade, in Manual de Direito Administrativo, 125 e 238.

Mais recentemente na sua obra “Acordos sobre a sentença em processo penal, Porto, 2011”, pág. 27, citada por Cruz Bucho, a págs. 47, nota 116, do seu estudo, o eminente penalista Prof. Figueiredo Dias, acentua que é perigoso afirmar os direitos individuais como absolutos, declinando todo o equilíbrio com os direitos inalienáveis da comunidade. E se é certo que existe todo um limite inultrapassável baseado no respeito pela dignidade humana, na ponderação das garantias de defesa asseguradas no art.^o 32.^o n.^o 1, da CRP, há que entrar, citando -se, “em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária, suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art.^o 18.^o, permaneça intocado o conteúdo do direito fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da necessidade e da proporcionalidade”.

A jurisprudência do TC, abordando o conteúdo não absoluto dos direitos, liberdade e garantias, salvaguarda a oposição de limites, desde que se mantenha incólume o seu núcleo duro, seja sustentada por lei da Assembleia da República ou Dec.^o -Lei autorizado (art.^{os} 18.^o, n.^o 2 e 165.^o, n.^o 1,

da CRP), vise a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, for necessária, adequada e proporcional para o efeito a atingir, tiver carácter geral e abstracto, sem efeito retroactivo e não diminuir a extensão do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais – Cfr. Acs n.ºs 155/2007, de 2.3.2007 e 340/2013, de 17.6.2013, respectivamente.

Tomando por referência que os arguidos foram pronunciados pela Relação, revogando este Tribunal superior o despacho de não pronúncia da autoria da M.^a juiz de instrução, estando em causa a averiguação em sede de instrução da eventual responsabilidade criminal por crime de falsificação de documento, pela prática de crime de desobediência ante a recusa na prestação de autógrafos, é de primeira evidência destacar que essa recolha não equivale à confissão do delito, à sua auto-incriminação, à sua inculpação, ademais podendo, em caso de prestação, o arguido dissimular o seu modelo de escrita manual, impossibilitando ou tornando extremamente difícil o fim a que propunha, constituindo “obstruction on justice”, no direito americano.

A controvérsia, nas palavras textuais do Exm.º Procurador Geral -Adjunto neste STJ, sobre o exacto conteúdo e extensão do princípio do direito à não auto-incriminação, mormente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova – quer por declarações quer por sujeição a outras formas de obtenção de prova –, tem de ser dirimida pela via da compatibilização ou concordância prática dos interesses em jogo, com salvaguarda dos direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente e apelo ao princípio da necessidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP), o que não vai, dizemos, ao encontro de uma proibição absoluta da prestação de autógrafos.

X. Invocar a desnecessidade da recolha de autógrafos para exame da letra sob alegação de recurso a outros meios, como a apreensão de documentos manuscritos ou apreensão em buscas, é ceder à maior complexidade de investigação, nem sempre possível, sendo certo que é conducente a um resultado futuro incerto, não necessariamente incriminatório, não sendo compreensível que em caso de recolha de sangue se conclua pela não cooperação activa ou confissão do delito e já não suceda na prestação coactiva.

De resto o Prof. Costa Andrade na zona de fronteira já apontada, op. cit, 127, situa o caso de exames, revistas ou recolha de sangue, como de difícil configuração auto-incriminatória.

A omissão do legislador de 87 não significa que tenha excluído o exame ou a incursão em desobediência, em caso de recusa, mas apenas que se não tornou necessária essa regulamentação pormenorizada, deixando -se o funcionamento do tipo criminal à verificação pelo intérprete segundo as circunstâncias do caso concreto.

De certo que o arguido tem o direito à não auto-incriminação, mas como se escreveu no Ac. deste STJ, de 2.4.2008, Rec.º n.º 08P578, em nada colide com o dever de procura da verdade material, e levado às ultimas consequências aquele direito não mais seria possível a prova da sua responsabilidade criminal porque tudo, salvo o que já excepcionalmente adquiriu por disposição expressa da lei, afrontaria o seu estatuto endo-processual.

A recolha, já o dissemos, não envolve qualquer ofensa, qualquer atentado aos direitos de personalidade relacionados com a honra, seu bom nome e reputação, à sua integridade física e moral, com tutela nos art.ºs 25.º e 26.º n.º 1, da CRP e é bem menos gravosa àqueles direitos do que, em alguns casos, a tolerância passiva, nunca consentida na sua pureza, por envolver, também, manifestação de actividade, sendo inteiramente proporcionada e adequada, considerando o seu fim de descoberta da verdade material, sendo necessária, a importância e a gravidade do ilícito, além de incluída na formulação genérica contida no art.º 61.º n.º 3 d), do CPP.

Isto mesmo que, apontando a hipótese de simulação da escrita manual, se possa hipotizar o insucesso, desconhecido à partida, da diligência para indagação da verdade, insucesso que pode, por outras razões, macular outras diligências, sem que a desnecessidade seja factor logo dissuasor.

Um Estado de direito não pode demitir -se do dever de assegurar o valor -pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido, que não deixa de ser pessoa por sobre ele impender um processo crime, impondo -lhe também deveres, inconcebível quando consagrado um estatuto de distanciamento demasiadamente alongado, tornado chocante e escandaloso, quanto ao ofendido.

Os exames grafológicos, envolvendo uma participação activa do arguido, sem a qual não é possível a sua efectivação, constituem um dever especial para aquele que emerge, com outros, da conjugação dos art.ºs 60.º e 61.º n.º 3 d), do CPP, anota o Exm.º Cons.º Henriques Gaspar, no Código de Processo Penal, ed. de 2014, Ed. Almedina, pág. 217.

Com total pertinência, ainda a referência a um novo rumo por que a doutrina e a jurisprudência parecem querer enveredar, apelando para um clima de “moral panic”(Cohen) ou de estado de necessidade de investigação de que fala Hassemer, assistindo -se a uma dramatização da violência, que “encosta a sociedade à parede”, levando a política criminal a abandonar a rigidez de princípios clássicos e a aceitar a sua relativização e funcionalização, nomeadamente no âmbito das proibições de prova que, em caso de criminalidade grave, postulam a consulta e exame dos diários privados e o encurtamento drástico do efeito à distância das proibições de valoração “ -

cfr. Prof. Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, pág. 68.

Os art.ºs 8.º, da CEUD, 12.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e 17.º, do PIDCP, que, e citando -se o AC.da Rel. Lisboa, de 24.8.2007, P.º n.º 6553/2007 -05, apenas previnem as intromissões “arbitrárias e ilegais” contra a vida privada, família, domicílio, honra, consideração, etc, desvalor que se não pode assinar à dita recolha, não constituinte de meio de prova proibido, enquanto barreira oposta à descoberta da verdade material, limitando o poder estadual de perseguir criminalmente os prevaricadores, por razões de ordem ética e moral a que se deve sujeitar e dar exemplo.

Por isso que os recorrentes se não podiam eximir ao dever de sujeitar -se à recolha de autógrafos por força do preceituado no art.º 172.º n.º 1, do CPP, atribuindo à autoridade judiciária o poder de compelir - excluindo -se, evidentemente, o uso da força -, as pessoas a sujeição ao exame devido e sendo, nessa linha, advertidos pela autoridade judiciária, de que a recusa os faria incorrer em crime de desobediência, p. e p. pelo art.º 348.º, do CP, importa concluir pela legitimidade da ordem.

XI. E a concluir torna -se imperioso tecer algumas considerações que se prendem com a figura do M.º P.º a quem cabe a direcção, em exclusivo, do inquérito, afirmação solene do princípio do acusatório, direcção essa que é singular, sustentada pelo magistrado titular do inquérito, podendo o PGR determinar que outro magistrado o coadjuve - art.ºs 263.º, do CPP e 68.º, do EMMP. - direcção conforme à delegação de poderes no órgão de polícia criminal, que pode ver revogado o elenco dos actos delegados.

O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à sua decisão de acusação - art.º 263.º n.º 1, do CPP - nele podendo, no entanto, ter lugar, sob impulso do M.º P.º, em qualquer fase, em relação a crimes de natureza particular ou semi -pública, contra pessoas ou o património, a denominada “mediação”, a coberto da Lei n.º 21/2007, de 12/6.

O crime de desobediência colhe tratamento no art.º 348.º do CP, na sistemática penal dos crimes contra a autoridade pública, na redacção introduzida pelo Dec.º -lei n.º 48/95, de 15/3, e nele se protege a autonomia intencional do Estado, o poder -dever de ordenar, sem obstáculo, o cumprimento da ordem que, pelos seus agentes, emana, punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias; sendo qualificada, como tal prevista na lei a prisão ascende a 2 anos ou, em alternativa, 240 dias de multa.

A lei em obediência ao princípio da tipicidade não prescinde, de forma exigente, da enumeração

clara e precisa dos seus elementos típicos, entre eles da cominação de crime

de desobediência, porém tratando -se de desobediência simples - n.º 1, b), do art.º 348.º, do CP, e não estando prevista essa cominação, a exigência legal vai mais longe na medida em que ao incumprimento do mandado ou ordem legítima proferida no exercício das funções, para obviar ao arbítrio, não abdica da correspondente cominação para a ordem ou mandado não observados, como forma de a autoridade se autolimitar e o visado não se auto -desculpabilizar por ininteligibilidade.

A ordem há -de possuir dignidade própria, um sentido particularmente desvalioso, o significado de incumprimento, como se alude no acórdão recorrido “de um dever legalmente relevante”, de acção ou omissão, comunicados regularmente, acompanhada das legais formalidades, não sendo, portanto, qualquer ordem e seu incumprimento que geram o crime, cabendo ao intérprete e aplicador da lei, ajuizar da complexidade em cada caso.

A, finalizar, e a propósito da sua respectiva estrutura típica anota Cristina Líbano Monteiro que «só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade donde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou mandado desse tipo, torna -se indispensável (...) que lhe seja regularmente comunicado». E esclarece a mesma autora que a ordem da autoridade ou funcionário «deve caber dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere: naquele momento, naquela matéria e para aquele lugar» -cfr. Comentário Conimbricense do Código Penal, II, 351 e segs.

Do mesmo modo, a ordem de prestação de autógrafos, emanada do Exm.º Magistrado do M.º P.º, no uso de um poder legal, de direcção do inquérito, não lhe estava vedada, era legítima pois se mostrava necessária e proporcionada ao fim em vista de apuramento de eventual responsabilidade por crime grave, como é o de falsificação, incorrendo os arguidos na prática de crime de desobediência, ao invés da solução acolhida no estudo supracitado citado no cap.VI.

Ao nível jurisprudencial além dos acórdãos recorrido e fundamento, acresce - ao que se apurou e só - no sentido do último, o supracitado Ac. deste STJ, de 1990 (Cap.VI).

XII. Nestes termos, e em conclusão, se decide neste Supremo Tribunal de Justiça:

1. Confirmar o acórdão recorrido, negando se provimento ao recurso.

2. Fixar jurisprudência uniformizadora com o seguinte teor:

“Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia,

ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária.”

3. Taxa de Justiça: 10 Uc.

4. Cumprimento do art.º 444.º, do CPP.

¹ Na versão originária do mesmo Código, aprovada pelo DL

n.º 400/82, de 23 de Setembro, o crime em causa estava normativamente

densificado no art. 388º, cujo nº 1 previa que «quem faltar à

obediência devida a ordem ou mandado legítimo que tenham sido

regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário

competente será punido com prisão até um ano e multa até 30 dias».

O nº 2 do mesmo preceito, por seu turno, estabelecia que «A mesma

pena será aplicada se uma outra disposição legal cominar a pena de

desobediência simples».

² Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, Coimbra Editora, 2001, pág. 351.

³ Obra citada, pág. 356.

⁴ Comentário do Código Penal, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2010, pág. 912 e 914.

⁵ Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pág. 27.

⁶ Obra cit. pág. 27 e 28.

⁷ Também designado por *privilege against self - incrimination*.

⁸ Figueiredo Dias, Costa Andrade e Frederico Costa Pinto, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009,

pág. 39.

⁹ Neste sentido, ver -se Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O Direito à Não -Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra -Ordenacional Português*, Coimbra Editora, 2009, pág. 19.

¹⁰ *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 125.

¹¹ - Ob. cit., pág. 127

¹² - O Princípio Nemo Tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Revista do Ministério Público*, ano 32,

128, Outubro -Dezembro 2011.

¹³ Pode ler -se, com efeito, nesse acórdão nº 155/2007 do TC que «Gomes Canotilho, no parecer que o ora recorrente juntou aos autos (...), depois de dar conta que “a doutrina dominante e uma boa parte da jurisprudência nacional e internacional de direitos humanos tem entendido que a presunção de inocência do arguido abrange apenas o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA” (...), conclui precisamente que “a presunção de inocência do arguido abrange apenas o direito a permanecer calado e a

beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA”»

¹⁴ *O Direito à Não Auto -Inculpação...*, pág. 22 a 34.

¹⁵ Vânia Costa Ramos, na RMP, nº 108, ano 27, *Out -Dez*, pág. 133, refere que «este direito não deve ser entendido na sua máxima amplitude, de recusa de qualquer forma de cooperação com a justiça, mas sim como o direito a não colaborar para a sua própria incriminação, querendo com isto significar -se o direito a não ser obrigado a fornecer

prova da própria culpabilidade, quer testemunhal, quer real, quer documental.»

¹⁶ *O Direito à Não inculpação...*, pág. 23.

¹⁷ *O Direito à Não Inculpação...* pág. 23 e 24.

¹⁸ *O Direito à Não Inculpação...* pág. 24.

¹⁹ *O Direito à Não Inculpação...* pág. 25.

²⁰ *O Direito à Não inculpação...*, pág. 25.

²¹ *O Direito à Não Inculpação...* pág. 27.

²² *O Direito à Não Inculpação...* pág. 29.

²³ *O Direito à Não Inculpação...* pág. 29.

²⁴ *O Direito à Não Inculpação...* pág. 30.

²⁵ *O Direito à Não Inculpação...* pág. 32.

²⁶ Vide artigo 255º alínea a) do Código Penal.

²⁷ - Como anota a este propósito o Sr. Desembargador Cruz Bucho,

Presidente da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães, In “Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto incriminação”, estudo publicado no sítio da Internet daquele Tribunal, citamos, «A recolha de autógrafos ou, na impressiva terminologia brasileira, a colheita de padrões gráficos, não é, pois, uma perícia. A recolha de autógrafos reveste natureza instrumental: é um acto preparatório, de recolha, de colheita de elementos (amostras de escrita manual) com vista à realização de uma perícia, de um exame pericial. [...] Conforme foi justamente assinalado nos trabalhos preparatórios da revisão do CPP, recorda -se que a noção de exame prevista na lei não se confunde com a etimologia da palavra, tratando -se antes de um conceito normativo. Nesta perspectiva e à semelhança do que sucede noutras situações, nomeadamente com a recolha de amostras biológicas

ou com a colheita de impressões digitais também a recolha de amostras de escrita manual, mediante a recolha ou colheita de autógrafos, reveste a natureza de um exame por via do qual se recolhem indícios relativos às pessoas que cometeram o crime (artigo 171.º, n.º1)».

²⁸ De que fala o TC no acórdão 155/2007, em relação à recolha de

saliva.

²⁹ Vide Costa Andrade, Figueiredo Dias e Frederico Costa Pinto, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009, pág. 44 e 45.

³⁰ Vânia Costa Ramos, RMP, ano 28, pág. 73

³¹ - Acessível em http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf, e cujo ponto 6 do respectivo texto aqui pedimos vénia para reproduzir, até porque não saberíamos dizer melhor.

³² - In “O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal”, 2.ª edição, pág. 364.

http://www.pgdlisboa.pt/diap/docdiap/files/requisitos_a_utografos_PJ_LPC.pdf, acerca da recolha e Requisitos Para Exames Periciais de Escrita Manual.

Lisboa, 28 de Maio de 2014. – *Armindo dos Santos Monteiro (Relator) – António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes – José Adriano Machado Souto de Moura (Vencido nos termos dos votos das Exmas. Colegas Isabel Pais Martins e Helena Moniz) – Eduardo Maia Figueira da Costa – António Pires Henriques da Graça (Com declaração) – Raul Eduardo do Vale Raposo Borges – Isabel Celeste Alves Pais Martins (Vencida conforme declaração que junto) – Manuel Joaquim Braz (Vencido, aderindo às declarações de voto das Exmas. Conselheiras Isabel Pais Martins e Helena Moniz) – Isabel Francisca Repsina Aleluia São Marcos (Vencida nos termos da declaração de voto da Exma. Conselheira Isabel Pais Martins) – Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira (Vencida de acordo com a declaração que junto) – António Pereira Madeira – José Vaz dos Santos Carvalho (Vencido nos termos das declarações das Conselheiras Isabel Pais Martins e Helena Moniz) – António Artur Rodrigues da Costa – António Silva Henriques Gaspar (Presidente) – (Tem voto de conformidade do Senhor Conselheiro Santos Cabral, que não assina por não estar presente).*

Declaração de voto

Concordo sem reservas, com o presente acórdão de uniformização, tendo ainda em conta o seguinte:

1. A sociedade pluralista e multifacetada da segunda

década do século XXI, fundamentada em cidadania livre e responsável, na sua estrutura jurídico-politicamente organizada (a que vulgarmente se chama Estado), encontra-se determinada pelo equilíbrio entre o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos delimitados pela dignidade da pessoa humana, em inserção comunitária de liberdade responsável.

Ainda que - e parafraseando o artº 2º da Constituição Portuguesa de 23 de Setembro de 1822 - «a liberdade consiste em não serem obrigados [os cidadãos] a fazer o que a lei não manda nem a deixar de fazer o que a lei não proíbe», o exercício do direito à liberdade radicando na vontade do agente, não o torna arbitrário, sob pena de anular a axiologia de integração e convivência comunitárias, e, assim, não exclui, nem pode excluir, a obediência ao ordenamento jurídico, Por isso, o mesmo artº 2º da referida Constituição, normativamente acrescentava:

«A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis» 2. Hoje, a Constituição da República Portuguesa (CRP) vigente, conforme a Lei nº 1/2005, de 12 de Agosto de 2005, (sétima revisão constitucional),

considera a República Portuguesa também «baseada na dignidade da pessoa humana» constituindo um «Estado de direito democrático» também baseado «no respeito e na garantia de efectivação

dos direitos e liberdades fundamentais» (v. artº 1º e 2º da CRP).

A validade das leis [...] depende da sua conformidade com a Constituição - nº 3 do artº 3 Em termos de direitos, liberdades e garantias pessoais (capítulo I do título II, da parte I da CRP) são reconhecidos, entre outros, os direitos à identidade pessoal, à cidadania, à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação, à dignidade pessoal, e “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias

à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias» – artº 26º

O artº 27º estabelece no nº 1 que: «Todos têm direito à liberdade e à segurança»

Em termos de garantias de processo criminal, resulta

do artº 32º:

1. O processo criminal assegura todas as garantias e defesa, incluindo o recurso.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, [...]

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

[...]

8. São nulas tidas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

3. Como já salientava Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João Antunes, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988 -9, p. 20, nota 29: “Quando se pergunta pelas finalidades do processo penal [...] pretende-se obter um critério de valor (ou, se preferirmos, um modelo axiológico) adequado à interpretação teleológica das singulares normas e à solução dos concretos problemas jurídico-processuais.”

A realização da justiça pressupõe a descoberta da verdade material, embora com respeito pela protecção dos direitos fundamentais das pessoas.

Mas “o Estado de Direito não exige apenas a tutela

dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis daí decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material.” (F.Dias, ibidem, p, 23, nota 32) A descoberta da

verdade material legítima e exige o restabelecimento da paz jurídica que convoca de um lado a necessidade de decisão no mais curto prazo possível, atenta a presunção de inocência do arguido, e de outro lado, a segurança da comunidade na eficácia das normas

protectoras dos bens jurídico-criminais.

Eventuais conflitos de finalidades processuais penais, não -de resolver -se pela concordância prática do processo penal, em que o respeito e protecção da dignidade da pessoa humana é exigência inultrapassável de denominador comum estruturante do processo e da sua validade.

4. Todos os factos «juridicamente relevantes» para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis, constituem objecto de prova. - artº 124º do CPP.

Mas, apenas são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei - e 125º do CPP.

Não são admissíveis métodos proibidos de prova.

Os métodos proibidos de prova encontram -se descritos no artº 126º do CPP, nos quais não consta a recolha de autógrafos.

“A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas “proibições de prova” são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.” F. Dias, *ibidem*, p. 133)

Como se explicita no presente acórdão de uniformização de jurisprudência:

«VIII. Retrocedendo ao nosso direito processual penal, em que releva para a decisão o disposto no art.º 61.º n.º 3 d), do CPP, por força do qual o arguido é obrigado ao especial dever de “Sujeitar -se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e efectuadas por entidade competente”, o pragmatismo da norma está em que o estatuto processual do arguido não é incompatível com a sujeição a diligências de prova ou meio de as obter, posto que esses deveres não afectem direitos fundamentais processuais, integrantes do seu direito de defesa, que não briguem com a dignidade da pessoa que vai ser objecto do arguido, que se quis ver reforçada como o novo CPP, enquanto “sismógrafo”, “espelho”, que o precedente Código não era, da realidade constitucional, sendo o direito processual penal “direito penal constitucional aplicado”, desenvolvendo as “normas da constituição processual penal”, nas palavras dos penalistas Profs. Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva, in *Para uma Reforma Global Processual Português*, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, in *Ordem dos Advogados, Para uma Nova Justiça Penal*, 1983,

Almedina, 194 e *Curso de Direito Processual Penal*, I, 2000, Ed. Verbo, 29 -30, respectivamente.»

Um dos meios de prova é a prova pericial, prevista no capítulo VI do título II do Livro III do CPP,

Um dos meios de obtenção de prova está nos exames, previstos no capítulo I, do título III, do Livro III, do CPP.

5. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* na dogmática legal portuguesa está contemplado a nível das declarações em audiência, de harmonia com o art. 343.º do CPP.

Não é transportável para perícias e exames o direito ao silêncio, que é como quem diz, não há um direito á recusa de colaboração com as autoridades, nomeadamente, as judiciais., como se depreende, literal e teleologicamente dos art.s. 154.º nº 1 (Despacho que ordena a perícia) e 172.º (Sujeição a exame), do CPP, artº 6º da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, sobre o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, bem como do artº 417.º do Código de Processo Civil, que impõe o Dever de cooperação para a descoberta da verdade.

Refere -se no Parecer nº 62/2006, de 16 -4 -2007, do Conselho Consultivo da Procuradoria -Geral da República, a propósito de recolha de impressões digitais,

“3. Nas relações consigo próprio e com os outros, cada homem é um ser em si e só igual a si mesmo. Na verdade, «apesar de todas as modificações do seu ciclo vital e da autonomia na assunção das suas finalidades, ele é portador de uma unidade diferenciada, original e irrepetível, oponível externamente, na qual se aglutinam, se complementam e se projectam, identificando -se, todos os seus múltiplos elementos e expressões».

Essa unidade, constituída pelo conjunto dos elementos que permitem diferenciar uma pessoa dos seus semelhantes, constitui a respectiva identidade.

A multiplicidade e a diversidade das pessoas impõem a necessidade da individualização e da identificação de cada uma delas. Pela individualização, selecciona -se e fixa -se, de forma estável e acessível, um determinado número de caracteres da pessoa que permitem distingui -la das demais, a fim de possibilitar, a cada momento, o apuramento da sua identidade. Através da identificação, apura -se qual o indivíduo que, em concreto, corresponde aos caracteres determinados pela individualização.»

E, como esclarece Artur Pereira, *As Perícias na Polícia Judiciária*, Polícia Judiciária, Directoria do Porto, [PDF] publicação - Departamento de Biologia www3.bio.ua.pt/.../As%20Pericias%20na%20Polícia%20Judiciaria%20ArturPereira.p... que, pontualmente, vale a pena transcrever:

“As perícias de escrita manual assentam na análise comparativa de diversas características, quer gerais, quer específicas da escrita,

procurando determinar a sua autoria, autenticidade e escrita a partir de vincos.

[...]

O autor de qualquer escrita pode ser identificado, desde que estejam providenciados “os hábitos de escrita, as individualidades, as características do seu autor, em quantidade e em qualidade...” (Conway, 1978, p. 31).

A escrita em questão será analisada e posteriormente comparada com exemplares adequados de escrita do seu autor, também denominados de autógrafos. Nenhuma escrita é susceptível de ser identificada se não for verdadeiramente representativa da sua origem. De igual modo, não poderá ser determinado o seu autor, se as suas individualidades permanecerem desconhecidas.

[...]

No contexto das perícias de escrita, para que seja identificado o autor de uma escrita, inicialmente anónima ou com autoria desconhecida, tem de se efectuar a sua comparação com escritas conhecidas e cujo autor esteja já identificado. Deste modo, para analisar uma escrita é indispensável que esta seja submetida a um processo de confronto, para que sejam observadas todas as características gerais e individuais, presentes na escrita questionada e nos autógrafos.

[...]

A comparação forense de escrita insere -se no âmbito das ciências empíricas. Parte do pressuposto, que a caligrafia, no seu todo, tal como a impressão digital, é uma representação individual do ser humano. Com base na singularidade da escrita é possível identificar o seu autor.

Na prática este tipo de perícias serve um interesse, maioritariamente, de ordem criminal, ou seja, se determinada escrita, por exemplo uma assinatura, é autêntica ou falsa; ou então, de que indivíduo provém determinada escrita ou carta de ameaça, ou ainda uma falsificação de uma assinatura num cheque ou num testamento. Em resumo, ao submeter -se uma escrita a um exame pericial de escrita pretende -se averiguar a sua autenticidade ou por outro lado, determinar a sua autoria. Tal é conseguido através de uma análise comparativa, suportada pelas metodologias laboratoriais apropriadas, na qual se confronta a escrita questionada com os autógrafos.

[...]

A assinatura manuscrita ainda é dos métodos de identificação mais seguros. No futuro espera -se que a assinatura obtida e verificada a quatro dimensões (extensão, altura, pressão e velocidade) seja reconhecida enquanto característica biométrica como o são, por exemplo a íris ou a impressão digital. Não é possível imitar a dinâmica da pressão, as variações das formas e dos movimentos da escrita de outra pessoa e em simultâneo utilizar a mesma velocidade. Mais

significativo ainda, é o facto de a assinatura ser algo a que estamos habituados, temos sempre connosco, não a damos involuntariamente, e ninguém a pode falsificar nas suas quatro dimensões.

O elevado valor identificativo da assinatura continua incontestável»

6. Da mesma forma que não pode efectuar -se uma análise ao sangue, sem previamente haver lugar à sua recolha, para essa análise, não pode efectuar -se perícia sobre escrita ou assinatura, manuais, sem recolha prévia de autógrafos da pessoa investigada.

A recolha de autógrafos para efeitos de investigação criminal, é um acto preparatório sine qua non da realização de perícia e não importa violação do direito à identidade, ou de qualquer outro direito fundamental, antes é manifestação deste direito à identidade pessoal, e também não integra violação da dignidade da pessoa, antes manifesta modo de expressão social, através da escrita, do seu Ser e por isso o seu conhecimento não é proibido, porque não viola qualquer direito ao segredo de ser, ou violação de direito ao sigilo.

A recolha de autógrafos, assenta no princípio da necessidade, com tutela legal, para a descoberta da verdade material, não se apresenta como meio desproporcional, nem viola o princípio da proibição de excesso; outrossim, é meio de obtenção de prova legalmente válido, porque não proibido, nem ofende a dignidade, nem a integridade, de quem é obrigado a colaborar, que pode ter sempre a assistência de defensor no acto da diligência.

A presença do arguido na produção de prova ou em meio de obtenção de prova, não significa de per se qualquer auto incriminação, mas colaboração para a descoberta da verdade material, pois que somente após produção e valoração conjugada de todas as provas é possível formular um juízo indiciário sobre o feito,

Entendimento contrário, salvo o devido respeito, poderá desvirtuar o processo penal, frustrar a sua finalidade, desprezar a verdade material, e violar o direito à segurança institucional na condução de um processo justo, quando a recolha de prova dependesse da necessária intervenção do arguido, e este, por sua vontade a negasse, contribuindo ditatorialmente por tal forma para a obstrução da justiça. — António Pires Henriques da Graça.

Declaração de voto

Discordo da jurisprudência fixada por entender que, num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem dada pelo Ministério Público ao arguido no sentido de este produzir autógrafos, com vista à realização de exame pericial à escrita dele, com a cominação de, não o fazendo, incorrer na prática de um crime de

desobediência da alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal.

Em breve súmula, pela seguinte ordem de razões: A recolha de autógrafos do arguido é uma diligência processual prévia à realização de um exame pericial de escrita manual do arguido, as mais das vezes nem sequer necessária ou indispensável à finalidade a que se destina, pois o Ministério Público disporá ou terá a possibilidade de dispor, para o efeito, de textos anteriormente manuscritos pelo arguido.

Diversamente do que sucedia no Código de Processo Penal de 1929 (artigo 195.º), não há hoje em dia qualquer disposição legal – no Código de Processo Penal ou em legislação avulsa – que expressamente obrigue o arguido a sujeitar -se a esta específica diligência e que preveja a consequência de uma eventual recusa.

A obtenção de um texto manuscrito pelo arguido, na sequência de ordem que lhe seja dada para o escrever, configura a colaboração activa do arguido na elaboração de um documento.

Documento esse que se destina à realização de um exame pericial que pode vir a ser usado como meio de prova contra o arguido.

Por isso, a imposição ao arguido de, contra sua vontade, produzir autógrafos colide com o seu direito à não auto-incriminação.

Daí que conclua pela ilegitimidade da ordem do Ministério Público de impor ao arguido que, contra sua vontade, produza autógrafos.

Ademais, os autógrafos obtidos, nessas circunstâncias, não constituirão exemplares verdadeiramente “autênticos” da escrita manual do arguido, justamente, por serem produzidos numa situação em que o arguido é “forçado” a colaborar com o Ministério Público para se eximir ao procedimento criminal por crime de desobediência.

No tema, para mais amplos desenvolvimentos, remeto especialmente para o Estudo «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto -incriminação (notas de estudo)» da autoria do Exm.º Desembargador Cruz Bucho, disponível no sítio da internet do Tribunal da Relação de Guimarães. — Isabel Pais Martins.

Voto vencida por entender que à luz da legislação atual, nomeadamente da Constituição da República Portuguesa e do Código de Processo Penal, não é possível entender como legítima a ordem dada, pelo Ministério Público, ao arguido, para que participe na diligência de prova de recolha de autógrafos, e, conseqüentemente, por considerar que o não cumprimento daquela ordem não integra o crime de desobediência,

previsto e punido nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b) do Código Penal, porquanto:

a. O processo penal português de estrutura acusatória

(integrado por um princípio de investigação), como decorre do disposto no art. 32.º, n.º 5 da CRP, é um processo que tem como finalidades a realização da justiça e a descoberta da verdade material, mas também a proteção dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado, e o restabelecimento da paz jurídica; a prossecução destas finalidades deve obedecer a uma concordância prática entre as finalidades em conflito, mas “situações há, no entanto, em que se torna necessário eleger uma só das finalidades, por nelas estar em causa a intocável dignidade da pessoa humana. (...) Por isso, quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa –, nenhuma transação é possível, havendo pois que dar prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional” [Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, lições coligidas por Maria João Antunes, Coimbra, 1988 - 9 (ed. policopiada), p. 25 -26].

b. Embora o arguido, enquanto sujeito processual, deva sujeitar -se à realização de exames, estes devem respeitar os direitos fundamentais, e porque estamos no domínio dos direitos, liberdades e garantias, ainda que o Ministério Público seja o titular da fase de inquérito, ainda assim tais atos devem ser ordenados ou autorizados pelo juiz de instrução (cf., por exemplo, arts. 269.º e 172.º, n.º 2 do CPP).

c. O princípio da não -autoincriminação, enquanto decorrência da tutela da dignidade humana do arguido, da « liberdade de ação e da presunção de inocência e “critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório” (Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em*

processo penal, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 122 e 125), não sendo um princípio absoluto, “encontra o seu fundamento jurídico - constitucional imediato nas garantias processuais de defesa do arguido, destinadas a assegurar um processo equitativo” (acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 695/95), permitirá uma sujeição do arguido à recolha de elementos de prova, embora esta restrição deva estar expressamente prevista na lei e cumprindo os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação; assim sendo, ainda que se considere a medida idónea esta deve ser necessária, ou seja, “perante medidas que oferecem idêntica idoneidade, deve escolher -se a que ofereça o menor potencial de prejuízo para o visado, mesmo que exija mais tempo para a sua realização”

(Maria de Fátima Mata-Mouros, Juiz das liberdades – desconstrução de um

mito do processo penal, Coimbra: Almedina, 2011, p. 256) obrigando a utilizar outros meios de obtenção de meios de prova, nomeadamente, buscas e/ou apreensões para obtenção de documentos, quando se mostrem possíveis ainda que demorados.

d. Diversas concretizações do princípio da não auto-

-incriminação encontram -se asseguradas no CPP português, nomeadamente o direito ao silêncio, ou o regime limitativo de sujeição a exames físicos ou psíquicos dependente da avaliação do juiz de instrução que deve ponderar a necessidade da sua realização (cf. art. 154.º, n.º 3 do CPP), assim exercendo a sua função de «juiz das liberdades», “função de controlo e garantia dos direitos das pessoas” e assegurando a jurisdicionalização de todas as medidas que diretamente contendam com as liberdades e garantias fundamentais (assim, Figueiredo Dias, em A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa: Livros Horizonte, 1981, p. 92 e 88).

e. O CPP atualmente em vigor desde 1987 (e com as alterações entretanto introduzidas) consagrou expressamente o direito ao silêncio do arguido, mas não consagrou expressamente a possibilidade de recolhas de amostras manuscritas do arguido, contrariamente ao que sucedia no CPP de 1929, onde se estabelecia que não sendo possível a obtenção de documentos que permitissem conhecer (e comparar) a caligrafia do arguido, então o juiz, quando fosse necessário, poderia sujeitar o arguido àquela diligência, não sem que, expressamente, Luís Osório (Comentário ao Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 1932, 3.º vol., p. 207: “não parece estar em harmonia”), mostrasse alguma estranheza entre o facto de se consagrar o direito

ao silêncio e, todavia, permitir esta recolha de autógrafos.

f. Uma restrição ao princípio da não -autoincriminação,

respeitadora do princípio da necessidade, adequação e

proporcionalidade, será admissível, porém desde que consagrada em lei formal.

g. A submissão do arguido a diligências de prova, nos

termos do art. 61.º, n.º 3, al. d) do CPP, apenas se impõe

quando estejam “especificadas na lei”, sem o que não pode

aquela restrição às garantias do arguido ser -lhe imposta

quando o arguido é utilizado como meio de prova contra

si próprio, com clara violação da sua integridade moral

(cf. art. 32.º, n.º 8 da CRP) (em sentido idêntico, Costa

Andrade, ob. cit. supra, p. 126).

h. A sujeição do arguido a recolha de autógrafos, contra a sua vontade, enquanto limitação ao princípio da não-autoincriminação, e fazendo a concordância prática entre os interesses em conflito, só deverá ser possível após consagração legal expressa, com cumprimento dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, o mesmo é dizer, quando outras diligências de prova não possam ocorrer para conseguir o mesmo propósito ou seja, quando não haja possibilidade de obter documentos que permitam fazer a necessária peritagem para averiguar da existência (ou não) de um documento falsificado.

i. Considerando -se que aquela limitação não está legalmente prevista, não podemos entender que possa ser ordenada pelo Ministério Público, com cominação do crime de desobediência.

Conclusão

Desde a antiguidade que o direito ao silêncio se encontra presente no processo penal.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, no século XVIII despontou o fortalecimento do sistema acusatório inglês, uma vez que era permitido ao arguido se manter calado durante o interrogatório, visto que alguém iria responder às perguntas por si.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* está intimamente ligado com vários direitos e garantias estabelecidos na CRP. Garantias que asseguram a regularidade do procedimento, orientado pela busca da verdade e da justiça, respeitando-se os direitos fundamentais do homem. Este princípio está também inserido na defesa pessoal, uma das faces da ampla defesa, uma vez que ao arguido é garantida a autodeterminação, para decidir se colabora ou não com a persecução criminal ao ser interrogado. Encontra-se estritamente relacionado com o princípio da presunção de inocência, uma vez que este princípio não admite que o arguido seja mero objeto de prova.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* encontra-se inserido no direito à plenitude de defesa, uma vez que a disposição constitucional prevista no art. 32º, nº1 revela uma fonte autônoma de garantias de defesa.

O direito ao silêncio consubstancia-se num direito fundamental, que pode ser restringido por meio de lei, respeitando sempre o seu conteúdo essencial, tendo sempre em atenção o princípio da proporcionalidade e ponderação de bens.

A dignidade humana é um valor supremo no nosso estado, onde o homem atua de forma consciente e livre sobre o mundo que o rodeia. E, é na dignidade humana que se encontra o fundamento para a garantia de defesa do arguido no processo penal. Assim sendo, exigir que o arguido colabore na sua incriminação fere o princípio da dignidade humana, uma vez que condiciona a sua liberdade de autodeterminação.

Em diversos diplomas internacionais se verifica o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* significa que ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio, ou praticar atos lesivos à sua própria defesa. O silêncio consubstancia-se na ausência de qualquer manifestação perante o interlocutor.

Como foi referido, o direito ao silêncio não é exclusivo do arguido, também é titular do direito ao silêncio as testemunhas, a vítima.

O direito ao silêncio não abrange apenas o interrogatório de mérito, mas também é relativo à responsabilidade de terceiros. Pode recair sobre o interrogatório de identificação, quando as perguntas se referirem diretamente à questão de culpabilidade ou de aplicação de pena. A entidade que procede ao interrogatório deve advertir o arguido, de maneira compreensível, que este tem o direito de permanecer em silêncio, sem que lhe advenha consequência desfavorável à defesa. A presença do defensor é indispensável em todo e qualquer interrogatório, daí que deve ser assegurada a entrevista do arguido com o defensor, antes do interrogatório.

A única situação que poderá advir ao arguido, de uma forma desfavorável, é que o tribunal deixa de conhecer circunstâncias que justificariam ou desculpam, total ou parcialmente o delito.

O arguido não apresenta nenhum compromisso com a verdade, inadmissível é a prática de juramento.

São proibidos métodos de interrogatório que perturbem a condição física e psicológica do arguido, interferindo na sua livre, espontânea e consciente manifestação. Desta forma, são proibidos métodos enganosos, a formulação de perguntas sugestivas, tendenciosas. A busca da verdade é limitada pelas proibições de prova.

Compete ao estado administração da justiça, daí o estabelecimento de normas de processo penal para identificar o autor do crime e a pena adequada.

É importante afastar o direito ao silêncio do “desconhecido”, tentando sistematizá-lo com clareza.

O código de Processo Penal deveria passar a regra como “o arguido tem o direito de não produzir prova para a sua incriminação”, em vez do “direito ao silêncio”. Não quer dizer que o arguido tem o direito de se opor a uma investigação que se realiza pela via legal.

Apesar de a nossa CRP não consagrar expressamente o direito à não auto-incriminação, a doutrina e a jurisprudência tem entendido o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* como um princípio constitucional não escrito. O direito ao silêncio é uma garantia constitucional assente no princípio da dignidade humana.

O direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação não são direitos absolutos e daí admitem restrições desde que respeitem certos requisitos, nomeadamente a existência de uma lei prévia e expressa e o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

O arguido tem o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente, como preceitua o art. 61º, nº3, al.d) do

CPP, considerando como tais as diligências de prova que não forem proibidas por lei e que sejam necessárias para a descoberta da verdade e para a realização da justiça.

A sujeição a diligências de prova de caráter coercivo é excepcional, verificando-se apenas, quando não seja possível obter o resultado através de meios menos restritivos dos direitos do visado e que se torne legítima a utilização de outros meios.

No que concerne às diligências de prova elencadas, que o arguido deve sujeitar-se obrigatoriamente, convém destacar que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* pode inutilizá-las todas, com exceção da prova por reconhecimento e aprova através de exames/perícias.

Este tema suscitou o interesse de diversas questões, pelo que, o objetivo primordial é o despertar para ideias que procurem estabelecer a garantia dos direitos fundamentais.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, P. P. d., 2008. *Comentário do Código de Processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª edição ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA JUNIOR, J. M., 1959. *O processo criminal Brasileiro*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A.

ANDRADE, J. V., 2001. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, M. d. C., 1992. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

BARREIROS, J. A., 1981. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina.

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

BELEZA, T., 1992. *Apontamentos de Direito Processual Penal*. Lisboa: AAFDL.

BELEZA, T., 1998. Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento do co-arguido no Processo Penal Português, ano 19, n.74. *Revista do Ministério Público*.

CAETANO, M., 1985. *História do Direito Português*. s.l.:Verbo.

CANOTILHO, J. J. G., 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. G., 2007. *Constituição da República Portuguesa*. 4ª edição ed. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, P. M., 2008. *Manual Prático de Processo Penal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina.

CONCEIÇÃO, A. R., 2009. *Escutas Telefónicas Regime Processual Penal*. Lisboa: Quid Juris.

CORREIA, E. H., 1997. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina.

CORREIA, E. H. d. S., 1956. *Processo Criminal*. Coimbra: Almedina.

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

COSTA, J., 2011. O princípio Nemo Tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ano 32, nº 128. *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro.

COUCEIRO, J. C., 2004. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora RT.

COUCEIRO, J. C., 2004. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT.

CUNHA, T. C., 2005. *Silêncio e Comunicação Ensaio Sobre uma Retórica do Não-Dito*. Lisboa: Livros Horizonte.

DIAS, J. d. F., 1974. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F., 1988-89. *Direito Processual Penal, Lições coligadas Por Maria João Antunes*. Coimbra: Secção de textos da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra.

EIRAS, H., 2008. *Processo Penal Elementar*. 7º ed. Lisboa: Quid Juris.

FERREIRA, M. C. d., 1955. *Curso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina.

FIGUEIREDO DIAS, C. A. F. P., 2009. *Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Obtidas*. Coimbra: Almedina.

GARRETT, F. A., 2007. *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*. Porto: Fronteira do Caos Editores Lda.

GILISSEN, J., 2003. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Gomes CANOTILHO, V. M., 1993. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3º edição ed. Coimbra: Coimbra editora.

Gomes CANOTILHO, V. M., 2007. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4º edição ed. Coimbra: Coimbra editora.

GRINOVER, A. P., 1976. *Liberdades Públicas e processo Penal: as interceptações telefónicas*. São Paulo: Saraiva.

João FRANCO, H. M., 1998. *Dicionário de conceitos jurídicos e princípios jurídicos*. 2º ed. s.l.:Almedina.

Jorge MIRANDA, R. M., 2005. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.

MATA-MOUROS, M. F., 2011. *Juiz das liberdades- demonstração de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina.

MEIREIS, M. A., 1999. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina.

MENDES, P. S., 2004. *Poibições de prova no processo penal, Jornadas de direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina.

MIRANDA, J., 1999. A constituição e a dignidade da pessoa humana. *DIDASKALIA*, Volume XXIX.

MIRANDA, J., 2000. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTE, M. F., 2006. O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida? nº108. *Revista do Ministério Público*, Outubro - Dezembro.

NEVES, A. C., 1968. *Sumários de processo criminal. 1967-1968*. Coimbra: Coimbra editora.

NUCCI, G. d. S., 1997. *O valor da confissão como meio de prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PALMA, F., 2002. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina.

PALMA, M. F., 1994. A constitucionalidade do art. 342º do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do arguido, ano 15, nº16. *Revista do Ministério público*.

PALMA, M. F., XV, nº 60, 1994. O direito ao silêncio do arguido. *A constitucionalidade do artigo 342º do código de processo penal*.

PIMENTA, J. C., 1991. *Código de Processo Penal Anotado*. 2º ed ed. Lisboa: Rei dos Livros.

PINTO, F. L., 2009. Supervisão do Mercado, Legalidade da Prova e Direito de Defesa em Processo de Contra-Ordenação. *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*.

QUEIJO, M. E., 2003. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva.

RAMOS, V. C., 2005. Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare. *Relatório de Mestrado para a cadeira de Direito Processual apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*.

RAMOS, V. C., 2006. Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, nº108. *Revista do Ministério Público*, Outubro-Dezembro.

RISTORI, A. D. P., 2007. *Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*. s.l.:Almedina.

ROXIN, C., 2000. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

SÁ, L. S., 1998. O dever de contribuição do arguido no interrogatório no Processo Penal Português, ano 19, nº74. *Revista do Ministério Público*.

SEIÇA, A. M., 1999. *O conhecimento probatório de co-arguido*. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, G. M., 2002. *Curso de processo Penal*. 3º ed. Lisboa: Verbo.

SILVA, G. M., 2005. *Direitos do Homem, Dignidade e Justiça*. s.l.:Editora Principia.

SILVA, G. M., 2008. *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Verbo.

SILVA, G. M. d., 2000. *Curso de Processo Penal*. s.l.:Verbo.

Teresa BELEZA, F. P., 2010. *Prova criminal e direito de defesa*. Coimbra: Almedina.

Tereza BELEZA, F. C., 2001. *Direito Processual Penal, os Sujeitos processuais e as Partes Civis*. Lisboa: Tópicos de Estudo.

Tereza BELEZA, F. P., 2001. *Direito Processual Penal, os Sujeitos Processuais e as Partes Civis*. Lisboa: s.n.

Tereza BELEZA, F. P., 2010. *Prova criminal e direito de defesa*. Coimbra: Almedina.

VILELA, A., 2000. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: s.n.

Jurisprudência

DGSI. (21 de 12 de 2014). Obtido em Novembro de 2014, de Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

DGSI. (01 de 07 de 2013). Obtido em Novembro de 2014, de Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães.

DGSI. (28 de 07 de 2009). Obtido em Janeiro de 2015, de Acórdão do Tribunal da Relação do Porto