

# O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NA ERA DA SUPERAÇÃO PROCESSUAL DA PALAVRA FALADA – ENTRE A EXTINÇÃO E A RECONFIGURAÇÃO DO *NEMO TENETUR*<sup>1</sup>

Flávia Noversa Loureiro<sup>2</sup>  
<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.148.12>

**Sumário:** 1. Apresentação do problema; 2. O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação: brevíssima compreensão histórica; 3. Os desafios atuais do *nemo tenetur*: a deslocação do seu âmbito material para o direito à não autoincriminação; 4. Os atos de colaboração do arguido e o direito à não autoincriminação – hipótese de resposta.

---

<sup>1</sup> Este artigo corresponde ao desenvolvimento (ainda parcial) de um outro que já previamente demos a conhecer: FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono», in *Direito na Lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono (vol. II)*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, 21-29.

<sup>2</sup> Doutora em Ciências Jurídicas. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada do JusGov – *Research Centre for Justice and Governance*.

A obra para a qual este pequeno texto quer contribuir tem a rara qualidade de pretender assinalar simultaneamente duas efemérides de significativa relevância: o trigésimo aniversário da Escola de Direito da Universidade do Minho e o centenário do nascimento de Francisco Salgado Zenha.

As duas ocasiões encontram-se conectadas por circunstâncias várias, de entre as quais avulta a de terem a Biblioteca e o Arquivo deste insigne jurista e político nascido em Braga sido doados à Escola de Direito sita na mesma cidade, assim interligando, para sempre, esta instituição e aquela figura e transformando em acervo público, disponível a todos e colocado ao serviço da Ciência e da Academia a riquíssima coleção de obras e trabalhos que ele logrou reunir ao longo da vida.

De entre as várias áreas do Direito que Francisco Salgado Zenha trabalhou com a mestria que lhe é por todos reconhecida, o Direito Processual Penal – em particular, os direitos do arguido (do réu) neste processo – foi talvez aquela em que mais se destacou, tendo mesmo produzido diversas obras em que trabalha o tema. Pareceu-nos, por isso, enquanto cultora das ciências jurídico-criminais, que fazer versar o nosso contributo sobre um dos mais fundantes direitos do modelo processual penal que caracteriza o Estado de Direito democrático constituiria uma tentativa venturosa de homenagem ao homem empenhado e ao jurista crítico que ele foi, ao mesmo tempo que daria imagem do trabalho que, na Escola de Direito da Universidade do Minho, se vem desenvolvendo ao longo dos últimos trinta anos.

## 1. Apresentação do problema

Quase cinquenta anos após a aprovação e entrada em vigor da atual Constituição da República Portuguesa, que implementou no nosso país um processo penal democrático e de estrutura acusatória, verdadeira materialização de um Estado de Direito, pode porventura parecer estranho regressar uma vez mais ao direito à não autoincriminação, matéria já tão longa e profundamente debatida. De facto, não havendo no nosso texto fundamental consagração expressa do *nemo tenetur se ipsum accusare*, quer na sua vertente de direito ao silêncio, quer na de direito à não autoincriminação, em sentido

estrito<sup>3</sup>, a verdade é que, de há muito, doutrina e jurisprudência reconhecem a sua natureza constitucional implícita, decorrente, para uns, do próprio princípio da dignidade humana e dos consequentes direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (arts. 1º, 25º e 26º), e, para outros, das garantias de defesa asseguradas ao arguido na CRP por força do princípio do processo equitativo e, em particular, do princípio da presunção de inocência (arts. 20º, nº 4, e 32º nº 4 e nº 8)<sup>4</sup>.

E se é certo que pode não haver univocidade quanto ao fundamento constitucional material ou “apenas” constitucional processual do *nemo tenetur*, a verdade é que se assume hoje como pacífico que a não autoincriminação é corolário da exigência de um processo equitativo, onde vigore o princípio da lealdade<sup>5</sup> e o arguido seja, como é condição de um processo penal acusatório e democrático, considerado como sujeito e não como objeto ou mero meio de prova<sup>6</sup>. Afirmá-lo, todavia, não nos permite de modo algum concluir que a

<sup>3</sup> Entende-se, usualmente, que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* se manifesta em duas vertentes fundamentais, os referidos direito ao silêncio e direito à não autoincriminação, propriamente dito. Em boa verdade, todavia, somos da opinião que a ordem das coisas não é exatamente essa, sendo que o direito ao silêncio é um dos aspetos do, mais amplo, direito à não autoincriminação ou não autoinculpção (que poderemos considerar como sinónimo – ou tradução livre – do *nemo tenetur*). Sucede, como veremos adiante, que não se esgotando a não autoincriminação na possibilidade de silêncio do arguido, mas abrangendo (ou podendo abranger) antes os atos de colaboração e participação deste no processo, as questões a que, neste trabalho, queremos atender prendem-se sobretudo com este último aspeto. Especificamente a respeito deste princípio cf., entre nós, VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte I)», *Revista do Ministério Público*, 108, 2006, 125-49, e «Corpus Iuris 2000 – Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II)», *Revista do Ministério Público*, 109, 2007, 57-96; LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *Revista do Ministério Público*, 107, 2006, 121-63; AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; ou JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 117-83.

<sup>4</sup> Na doutrina portuguesa, cf., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 120 ss.; VÂNIA COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 – Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare (parte II)», *Revista do Ministério Público*, 109, 2007, 58 ss.; AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 14 ss.; e, LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *Revista do Ministério Público*, 107, 2006, 132 ss. No que respeita à jurisprudência, veja-se a posição assumida pelo Tribunal Constitucional, nomeadamente, nos acórdãos nº 304/2004, 181/2005, 155/2007 e 240/2013.

<sup>5</sup> Para além das referências até aqui elencadas, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, 811-814, 892-893 e 963-964, com profusas referências à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, onde se cimentou e densificou o direito a um processo equitativo (sendo que o direito ao silêncio surge como uma concretização de uma das exigências deste processo: a igualdade de armas).

<sup>6</sup> Este o sentido último da não autoincriminação, verdadeira pedra de toque do processo acusatório, como nos explica MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 122.

sua aplicação esteja isenta de dificuldades ou não continue a suscitar hoje – se calhar até particularmente – delicados problemas quotidianos.

Na verdade, para lá das questões relacionadas quer com o âmbito de validade normativa do princípio (vale o direito à não autoincriminação apenas para o processo penal ou para todo o direito sancionatório?<sup>7</sup>), quer com o seu âmbito de validade temporal (exigir-se-á, para a invocação consequente deste direito a prévia constituição como arguido ou ele poderá ser utilizado mesmo antes desse momento processual?<sup>8</sup>), as questões em torno do seu âmbito material de aplicação continuam hoje a ser alvo de vivo debate, sobretudo face às novas realidades que se impõem à investigação criminal dos nossos dias.

Na impossibilidade de ponderar nesta sede todos estes pontos, é sobre este último que especificamente nos debruçaremos – salientando, todavia, a sua interseção com os outros em grande número de matérias. Na verdade, a pergunta central da reflexão que pretendemos aqui empreender não pode deixar de ser a seguinte: afinal, o que é o direito à não autoincriminação? Ou seja: que realidades abarca? Qual é o conteúdo material de um direito como este, que assim se afirma decorrência dos princípios constitucionais, e em que atos concretos poderá ele materializar-se?

A questão é tudo menos pacífica. Se é certo que o *nemo tenetur* está, para todos, relacionado com ideia de respeitar a vontade do acusado e de o proteger contra o exercício impróprio de poderes coercivos pelas autoridades<sup>9</sup> – no sentido de que ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade –, a sua concreta densificação deixa em aberto muitas dúvidas.

<sup>7</sup> Ver, a este propósito, AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 22 e ss. e, mais detidamente, 67 ss.

<sup>8</sup> Cf. a reflexão de JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 119 ss., com específico tratamento da evolução da jurisprudência do TEDH.

<sup>9</sup> Como nos diz, por exemplo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 121; e igualmente JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 118.

## 2. O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação: brevíssima compreensão histórica

Historicamente, como bem se sabe, este direito foi, sobretudo, entendido na sua vertente de direito ao silêncio<sup>10</sup>, tendo essa dimensão encontrado assento em muitos instrumentos, tanto nacionais como internacionais. Veja-se, a título de exemplo, o que sucede com o nº 1 do art. 11º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (onde, em boa verdade, se fala apenas de presunção de inocência e garantias de defesa, embora se entenda que dela decorre o direito ao silêncio), com a al. g) do nº 3 do art. 14º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (que assegura que qualquer pessoa acusada de infração penal terá direito, pelo menos, a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada), com o nº 2 do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que se centra, em particular, no princípio da presunção de inocência do arguido) ou com o art. 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (que igualmente assegura o princípio da presunção de inocência e a garantia dos direitos de defesa).

Na generalidade das Constituições dos países lusófonos, por sua vez (e à semelhança do que sucede no ordenamento jurídico português, como veremos), o direito à não autoincriminação não aparece consagrado enquanto tal (nem na sua vertente de direito ao silêncio, nem na de direito à não autoincriminação, em sentido estrito): na Constituição da República de Angola estabelece-se, no art. 67º, o princípio da presunção de inocência e as garantias de defesa; sensivelmente o mesmo que se fixa no art. 34º da Constituição de Cabo Verde; e bem assim no art. 42º do Texto Fundamental Guiné Bissau; quanto à Constituição da República de Moçambique, por sua vez, estes mesmos princípios estão vertidos no nº 2 do art. 59º e no art. 65º; podendo igualmente ser encontrados no art. 40º da Constituição de São Tomé e Príncipe e no art. 34º da Lei Fundamental de Timor Leste. Idêntica previsão consta, ainda, da 2.ª parte do art. 29º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, reconhecendo a presunção de inocência daquele que seja

<sup>10</sup> Também sobre este direito refletia Salgado Zenha, jurista crítico e empenhado, dizendo, a propósito da situação vigente antes do 25 de abril de 74, que “legalmente” o direito ao silêncio se constituía como um dos direitos processuais fundamentais do arguido, muito embora, na prática, tais direitos de defesa se vissem esvaziados – FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a instrução criminal*, Braga: Universidade do Minho, 2002 (64 ss.).

alvo de um processo criminal. Apenas, tanto quanto nos é dado saber, a Constituição da República Federativa do Brasil vai um pouco mais longe e, para além da consagração deste princípio da presunção de inocência (constante no art. 5º, inciso LVII), prevê expressamente o direito ao silêncio, ao estabelecer no inciso LXIII daquele artigo que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, [sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado]”. As normas processuais penais dos distintos países em causa – que, *brevitatis causa*, não podemos aqui analisar – vão bastante mais longe nesta matéria, quase sempre, porém, apenas se cingindo também ao direito ao silêncio e não adentrando nos demais planos da autoincriminação.

Internamente, como dissemos já, a Constituição não faz específica referência nem ao privilégio de não autoincriminação nem ao direito ao silêncio, bastando-se – como a maioria dos instrumentos internacionais referidos – pela menção expressa, no art. 32º, da garantia dos direitos de defesa e do princípio da presunção de inocência. Ao nível infraconstitucional, contudo, o direito ao silêncio está consagrado entre nós desde o Decreto de 28 de dezembro de 1910, que ditou que nenhum réu em processo penal poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, com exceção das perguntas relativas à sua identidade<sup>11</sup>. Existiu, portanto, este direito ao silêncio, com consagração expressa, no Código de Processo Penal de 1929, que vigorou durante todo o período da ditadura salazarista, mas sem que o direito em causa fosse efetivamente aplicado, pois que era esvaziado, designadamente, pela possibilidade de utilização de uma confissão prévia<sup>12</sup>, mesmo que esta tivesse sido obtida com comprometimento de outros direitos fundamentais, como a própria liberdade.

Só, pois, o CPP de 1987 veio trazer real efetividade a este direito, consagrando-o como direito essencial do arguido, no art. 61º, nº 1, al. d) – bem como, em harmonia com este preceito, nos arts. 132º, nº 2; 141º, n. 1, a) e 343º, nº 1) –, e juntando-lhe uma série de decorrências que lhe vieram

---

<sup>11</sup> Como sublinham AUGUSTO SILVA DIAS/ VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 9 ss., já muito antes disso, Pascoal de Melo Freire havia defendido, no Projeto de Código Criminal de 1789, o reconhecimento do direito ao silêncio do acusado, indo mesmo buscar a sua fundamentação às Ordenações Filipinas.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*.

atribuir relevo prático: como a interdição da valoração negativa do silêncio (art. 343º, nº 1); a consagração de proibições de prova que impedem a utilização de provas obtidas com violação daquele direito (art. 126º); a proibição, entretanto mitigada, de utilização das declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência (art. 357º do CPP); e o dever (geral) de fundamentação das decisões judiciais (art. 374º).

O direito à não autoincriminação, porém, tem uma outra vertente frequentemente esquecida ou apresentada em segundo plano, que muitos assumem como consequência do direito ao silêncio, mas que, para nós – como veremos –, tem plena existência autónoma (a justificar, porventura, como aventaremos, uma proposta de releitura do direito em causa): aquilo a que chamamos direito à não autoincriminação em sentido estrito, e que está relacionado não com as declarações do arguido, propriamente ditas, e correspondente direito de as não fazer, mas com as obrigações de ação ou omissão que podem impender sobre o arguido, de prestar, apresentar, entregar ou sujeitar-se à obtenção de determinados elementos probatórios.

A este propósito não apenas o texto constitucional é mudo, como se disse já, como a própria legislação infraconstitucional pouco diz, não parecendo conceder-lhe especial atenção, ao menos em moldes aproximados aos do direito ao silêncio, e deixando para a doutrina e a jurisprudência a discussão e decisão sobre os seus específicos contornos. É exatamente aqui, portanto, que pretendemos mover-nos, deixando um pequeno contributo para a reflexão que, segundo cremos, se torna imperioso fazer a propósito desta faceta do *nemo tenetur*.

### **3. Os desafios atuais do *nemo tenetur*: a deslocação do seu âmbito material para o direito à não autoincriminação**

Assim, tem sido aceite no universo jurídico-penal português que o *nemo tenetur se ipsum accusare* vigora na nossa ordem jurídica e enforma todo o processo penal (se não mesmo todo o processo sancionatório<sup>13</sup>), tendo como

<sup>13</sup> Ver, *v.g.*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009,

núcleo inarredável o direito ao silêncio, com as várias manifestações que fomos já assinalando e outras delas decorrentes ou extrapoláveis. Que assim seja não surpreende, sobretudo se considerarmos historicamente a afirmação deste direito e a importância que as declarações (em especial, as do arguido) representavam no processo penal, construído grandemente em torno da palavra falada, seja a do suspeito/ arguido, a da vítima/ ofendido/ assistente ou a das testemunhas.

A não incriminação exigia, portanto, sem surpresas, que o arguido não pudesse ser obrigado a fazer prova contra si próprio e isso obter-se-ia, num número muito significativo de casos, pela não obrigatoriedade de que ele falasse, quando para tal fosse convidado por qualquer uma das autoridades do processo. A esta luz se compreende, segundo cremos, o relevo que cedo assumiu o direito ao silêncio no ordenamento jurídico português (como em tantos outros) e, bem assim, a sua depuração ao longo dos tempos – veja-se, por exemplo, o que sucedeu com a obrigatoriedade de o arguido responder com verdade às perguntas sobre os seus antecedentes criminais, que constava no nº 3 do art. 141º do CPP e caiu com a alteração que àquele diploma foi introduzida pela lei nº 20/2013, de 21 de fevereiro.

A outra vertente do princípio *nemo tenetur* – o direito à não autoincriminação *stricto sensu* – assumiu, a essa luz, muito menor relevância e, embora reconhecida enquanto tal, desde sempre foi considerada como particularmente limitável. Veja-se, desde logo, que, ao invés do que sucede com a já referida alínea d) do nº 1 do art. 61º do CPP (que fixa o silêncio como um dos direitos processuais do arguido), a alínea d) do nº 6 do mesmo preceito expressamente estabelece como dever do arguido «sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente». A densificação deste dever, nomeadamente (para o que aqui nos interessa em particular) com a obrigatoriedade de sujeição a diligências probatórias, surge em diversos momentos

---

11-56: «O art. 32º, nº 10, da Constituição – acrescentado pela revisão constitucional de 1989 – dispõe que ‘nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa’, explicitando uma solução que já antes era defendida pela doutrina. Este preceito constitui um forte auxílio na resposta à questão formulada. Deste modo, de acordo não só com a Constituição, mas também com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem o direito ao silêncio, enquanto garantia de defesa, dev e estender-se a qualquer processo onde possam ser aplicadas sanções de caráter punitivo, ainda que não criminal» (46).

ao longo do Código, como é o caso da sujeição a exames (art. 172º), a revistas e buscas (art. 174º), entre outros.

Se esta configuração e entendimento do direito à não autoincriminação sempre suscitou alguns momentos de tensão, a verdade é que ela correspondia àquela que era a realidade esmagadora. Tal estado de coisas, porém, tem vindo a alterar-se. Na verdade, à medida que a prova falada (a prova por declarações e a prova testemunhal) vai perdendo terreno face a outros meios de prova (sobretudo prova documental e prova pericial) e novos métodos de obtenção de prova vão abrindo caminho para a, designada, “prova científica”, os problemas que suscitam debate em torno do direito à não autoincriminação do arguido vão-se deslocando também. Hoje, mais do que as declarações que o arguido possa eventualmente prestar, estão em causa situações em que a investigação (às vezes, a pré-investigação<sup>14</sup>) visa a obtenção de informação através da entrega de documentos pelo arguido, ou pretende sujeitá-lo a um exame, com vista, sobretudo, à obtenção de respetivo material corpóreo para análise<sup>15</sup>.

Um e outro problema, que de *per si* são já suficientemente complexos, agudizam-se mais ainda quando cruzamos o âmbito material de aplicação deste princípio com o seu âmbito normativo (e mesmo com o temporal) e questionamos, por exemplo, a validade num processo criminal de uma prova obtida em procedimento de inspeção tributária por força do dever de colaboração do contribuinte e àquele comunicada: em certo procedimento de inspeção tributária é exigido ao contribuinte que preste um determinado esclarecimento ou entregue certo documento, ao abrigo do consagrado dever de cooperação; este não tem, por regra, o direito de recusar tal colaboração, sendo o respetivo incumprimento ilegítimo e juridicamente sancionável (seja através de sanções contraordenacionais, seja através da responsabilidade por juros compensatórios, seja mesmo através de sanções penais)<sup>16</sup>; à luz dessa

<sup>14</sup> Ver a este propósito as reflexões de AUGUSTO SILVA DIAS/ RUI SOARES PEREIRA, Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2018; e, da nossa parte, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, «A ‘desprocessualização’ do processo penal – Contemporaneidades, Perigos e Paradigmas», in *I Congresso Internacional JusCrim – Prevenção, Policiamento e Segurança: Implicações nos Direitos Humanos*, Braga: JUSGOV/EDUM, 2022, 69-82.

<sup>15</sup> Seguindo a classificação feita por JOANA COSTA, «O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 117-83.

<sup>16</sup> Cf., a este propósito, LILIANA DA SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *Revista do Ministério Público*, 107, 2006, 121-63; e NUNO BRANDÃO, «Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 2014, 29-55. Ver,

imposição legal, o contribuinte cumpre com a obrigação acessória em causa, prestando o esclarecimento ou entregando o documento exigido, que a AT vai depois utilizar para instruir um processo sancionatório, eventualmente de natureza criminal.

Estamos, portanto, como facilmente se compreende, perante um problema que se manifesta em diversas frentes: em primeiro lugar, naturalmente, a de saber se assiste ao cidadão, ao contribuinte no caso, o direito à não autoincriminação fora do processo criminal (ou antes dele); depois, e para nós aqui sobretudo, a de compreender que solução dar à questão da intercomunicabilidade probatória, da comunicação de elementos obtidos fora do processo penal a este processo.

#### **4. Os atos de colaboração do arguido e o direito à não autoincriminação – hipótese de resposta**

Assim balizado, a traços necessariamente largos, o conteúdo do problema que hoje pretendemos trazer a discussão, adentremos nas hipóteses de solução. Naquelas que têm sido apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência e naquelas que, quanto a nós, talvez devam ser equacionadas.

Podemos verificar, na verdade, que há uma convergência significativa de posições quanto à consideração do direito ao silêncio como núcleo fundamental da não autoincriminação. Entende-se generalizadamente, quer entre a doutrina, quer junto dos tribunais, que o *nemo tenetur* parte centralmente da garantia da possibilidade de o arguido não falar, não podendo ser prejudicado por isso, sendo esse o âmago do direito em causa e, nessa exata medida, aquele que pode sofrer menos limitações<sup>17</sup>. As demais refrações do princípio, nomeadamente aquelas que aqui salientámos no que respeita aos diversos deveres de colaboração do arguido, às obrigações de prestar ou de se sujeitar a certo ato ou procedimento, essas – porque mais distantes daquele núcleo – são

---

ainda, PAULO MARQUES, «A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal», *Revista do Ministério Público*, 141, 2015, 105-35; e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009, 11-56.

<sup>17</sup> Cf., nomeadamente, as referências bibliográficas e jurisprudenciais que apontámos *supra* na nota 4.

usualmente consideradas como mais brandas, menos importantes e, nessa medida, suscetíveis de menor proteção por parte do direito.

Na verdade, se se compreende com facilidade que não pode pura e simplesmente impedir-se todo e qualquer meio de obtenção de prova que conte com a participação do arguido (ainda que passiva e involuntária, como, por exemplo, nos casos de sujeição a exames), uma vez que isso tornaria verdadeiramente inexecutível muita da atividade de recolha de prova levada a cabo num processo criminal, parece-nos, contudo, muito duvidoso sustentar, sem mais, que no caso dos atos de colaboração a autoincriminação não está em causa ou recebe uma proteção inferior. Efetivamente, concordando-se ou não com a distinção proposta, por exemplo, pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (e também diversa jurisprudência nacional)<sup>18</sup>, que trata diferentemente os casos em que a obtenção dos elementos resulta do exercício de poderes compulsivos independente da vontade do suspeito daqueles em que um tal exercício manipula ou força essa vontade, não podemos escamotear que estão aqui em causa um conjunto de realidades que suscitam óbices sérios à compreensão do direito fundamental à não autoincriminação.

Deixando de lado as hipóteses dos exames e das perícias<sup>19</sup> (não por ser, a nossa ver, hipótese resolvida, mas antes por justificar outro tipo de ponderação), sempre teremos de perguntar-nos como poderá sustentar-se, por exemplo, que o dever de certo cidadão de entregar um documento à AT que servirá de base (e de prova quase cabal), depois, a um processo-crime não bole com o privilégio de não autoincriminação, não põe em causa o *nemo tenetur*. Ou, noutra perspetiva, qual a razão pela qual poderá, por exemplo, uma entidade supervisora de determinada área económica exigir a uma pessoa ou a uma empresa que preste uma declaração ou faça um esclarecimento, podendo, com base nesses elementos, instruir um processo sancionatório, aplicar-lhe uma coima e respetivas sanções acessórias e, ainda, comunicar ao Ministério Público a notícia de um eventual crime, acompanhada destes elementos.

<sup>18</sup> Ver, com profusas referências jurisprudenciais, JOANA COSTA, «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, 2011, 117-83; e AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 22 ss.

<sup>19</sup> Cf., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 127 ss.

Que se sustente que nestas hipóteses não tem lugar a aplicação do princípio da não autoincriminação por não estar em causa, em sentido exato, um processo criminal e, portanto, um arguido<sup>20</sup>, parece-nos simultaneamente inaceitável e, em boa verdade, insuscetível de resolver o problema em causa. Inaceitável face à atual compreensão do princípio, que inquestionavelmente abarca quer o clássico direito ao silêncio, quer outros atos de autoinculpação, sob pena de se recusar a si próprio e de incumprir a finalidade à luz da qual foi erigido. Insuscetível de resolver o problema na medida em que ignora a realidade atual e o alargamento das funções investigatórias que hoje se dá, mesmo das declaradamente criminais, com a atribuição de poderes de investigação criminal a uma plêiade cada vez mais alargada de autoridades, muitas delas essencialmente administrativas e que, nas suas áreas de atuação específicas, desempenham igualmente a função de órgãos de investigação criminal. O que, necessariamente, há de exigir uma recolocação do problema, sob pena de deixar completamente desprotegidos os cidadãos sujeitos, cada vez mais, a uma antecipação do tempo da intervenção penal.

Se não é possível recusá-lo, todavia, a sua concreta configuração não está isenta de sérias dificuldades. A este propósito, mais do que analisar aqui as especificidades de cada uma das situações práticas que podem equacionar-se, importa-nos deixar uma reflexão que nos tem ocupado e que, segundo julgamos, poderá reperspetivar esta questão do direito à não autoincriminação.

Na verdade, afigura-se-nos que o problema passa, nuclearmente, pela aceitação quase indiscutida de que o âmago essencial da não autoincriminação é o direito ao silêncio, constituindo as suas outras vertentes manifestações mais ou menos longínquas – e, por isso, limitadas e menos relevantes – daquele princípio. Se historicamente uma tal afirmação faz sentido, quer pela emancipação do arguido como sujeito processual e não mais como objeto de prova, quer pela importância que, durante muito tempo, desempenhou a prova “falada”, a narração dos factos – e, em particular, a confissão –, a verdade é que nos parece imperiosa uma configuração moderna do direito em causa.

---

<sup>20</sup> A propósito desta questão, embora em sentido não inteiramente convergente com o nosso, cf. as reflexões de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas», in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009, 36 ss.

Face à importância relativa crescente de outros meios de prova, sobretudo aqueles que assentam em juízos técnicos realizados sobre prova documental e em perícias científicas, face à atual multiplicação das instâncias de regulação, supervisão e controlo, com o alargamento quase impensável das suas competências e a atribuição de poderes “quasi-penais”<sup>21</sup>, face, ainda, ao esvaziamento a que se vem assistindo do próprio direito ao silêncio – entre nós patente, por exemplo, na agora permitida valoração das declarações prévias de arguido prestadas perante autoridade judiciária –, parece-nos que a chave para a compreensão do problema há de passar por uma recentralização da não autoincriminação, uma renovada perceção do princípio *nemo tenetur*, que releve em particular aqueles que são hoje os seus principais perigos. E estes, na verdade, muito embora não se pretenda negligenciar a importância do direito ao silêncio – considerado verdadeiro *acquis* do direito processual penal acusatório –, estão sobretudo localizados no conjunto cada vez mais amplo de meios de prova que pode ser realizado *sobre o arguido*, independentemente da sua vontade ou mesmo contra ela, desconsiderando-a totalmente.

Parecerá pouco, porventura. Mas não é assim. Enfrentamos, na verdade o sério risco de, nestas nossas modernas sociedades democráticas, estarmos a transformar os direitos de defesa em mera afirmação formal e, repetindo o passado, *coisificarmos* o ser humano, relegando-o, de novo, a mero objeto do processo penal. E o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* está, quanto a nós, perante um dilema: ou se reconfigura, voltando-se agora, ainda que com matizes variáveis, para os atos de não autoincriminação *stricto sensu*, preocupando-se com aqueles que são os desafios do processo penal de hoje, ou estará, a breve trecho, condenado à extinção, por esquecimento ou irrelevância.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

<sup>21</sup> A este propósito cf. as críticas que deixámos em FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra: Almedina, 2017, 233 ss.

- ANDRADE, MANUEL DA COSTA. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- BRANDÃO, NUNO. «Colaboração com as Autoridades Reguladoras e Dignidade Penal». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, 2014, 29-55.
- COSTA, JOANA. «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem». *Revista do Ministério Público* 128, 2011, 117-183.
- DIAS, AUGUSTO SILVA / PEREIRA, RUI SOARES. *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2018.
- DIAS, AUGUSTO SILVA/ RAMOS, VÂNIA COSTA. *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ ANDRADE, MANUEL DA COSTA. «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas». In *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009, 11-56.
- LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA. «A ‘desprocessualização’ do processo penal – Contemporaneidades, Perigos e Paradigmas». In *I Congresso Internacional JusCrim – Prevenção, Policiamento e Segurança: Implicações nos Direitos Humanos*. Braga: JUSGOV/EDUM, 2022, 69-82.
- LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA. «O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono». In *Direito na Lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono (vol. II)*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, 21-29.
- LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA. *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*. Coimbra: Almedina, 2017.
- MARQUES, PAULO. «A inspecção tributária, os métodos indirectos e a prova no processo penal». *Revista do Ministério Público*, 141, 2015, 105-35.
- RAMOS, VÂNIA COSTA. «Corpus Iuris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I)». *Revista do Ministério Público*, 108, 2006, 125-49.
- RAMOS, VÂNIA COSTA. «Corpus Iuris 2000 – Imposição do arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte II)». *Revista do Ministério Público*, 109, 2007, 57-96.
- SÁ, LILIANA DA SILVA. «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação». *Revista do Ministério Público* 107, 2006, 121-163.
- ZENHA, FRANCISCO SALGADO. *Notas sobre a instrução criminal*. Braga: Universidade do Minho, 2002.